المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ﻫ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤ﻫ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ ﻫ كلاهما على مذهب امام الأئمة (ابي عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء السادس

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت (إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشرا فمن عندك) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النُّدّر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى اذا بلغ قصة موسى قال «إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه» وقال الله تعالى (فوجد فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجر على اقامته

وأما السنة فثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل هاديا خريتا. وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب الاجارة)

والاصل في جوازها الكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى، قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين* قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن الندر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال «ان موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه»، وقال الله تعالى (قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامة الجدار

وأما السنة فثبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل هاديا خريتاً. وروى البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل

أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» والاخبار في هذا كثيرة. واجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة الاما يحكى عن عبد الرحمن بن الاصم انه قال لايجوز ذلك لانه غرر يعني انه يعقد على منافع لم تخلق وهذ غلط لايمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار، وسار في الامصار، والعبرة أيضا دالة عليها فان الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الاعيان فلما جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع، ولايخفى ما بالناس من الحاجة الى ذلك فانه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير او دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون باجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولايجد متطوعا به فلابد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقا للرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع، وماذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ماذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لايمكن بعد وجودها لانها تتلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الاعيان

(فصل) واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض قال الله تعالى (لو شئت لاتخذت عليه أجرا) ومنه سمي الثواب أجرا لان الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيبته

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الاعيان لانه يصح تمليكها في حال الحياة و بعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عينا ودينا وانما اختصت

أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» وأجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الاجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الاصم أنه قال: لايجوز ذلك لانه غرر يعني انه يعقد على منافع لم تخلق. وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار وسائر الامصار. والعبرة أيضا دالة عليها فان الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان فلما جاز العقد على الاعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع، ولا تخفى حاجة الناس إلى ذلك فانه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل احد عمل ذلك ولا يجد متطوعا به، فلابد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقا إلى الرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع، وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ماذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضي الاوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الاعيان. واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض، قال الله تعالى (قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لان الله تعالى يعوض العبد به على طاعته، أو صبره على مصيبته

﴿مسئلة﴾ (وهي عقد على المنافع تنعقد بلفظ الاجارة والكراء وما في معناهما، وفي لفظ البيع وجهان)
الاجارة عقد على المنافع في قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية، وذكر

باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم . اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لأنهما موضوعان لها وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) تنعقد به لانها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف (والثاني) لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فافتقرت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ولان الاجارة تضاف الى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة ، ولانه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبه النكاح

(فصل) ولا تصح الا من جائز التصرف لأنها عقد تمليك في الحياة فأشبه البيع

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة باجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترطا أجلا)

هذه المسئلة تدل على أحكام ستة (أحدها) أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك داري كما يقول بعتكها

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وانما أضيف العقد الى

بعضهم ان المعقود عليه العين لأنها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك داري

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا يضمن دون العين وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ، وكما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجرتك منفعة داري جاز

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع كالاعيان لأنها يصح تمليكها في الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف وتكون عوضا عينا ودينا وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم مع كونه بيعا ، فعلى هذا تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانهما موضوعان لها ، وكذلك كل مايؤدي معناهما لحصول المقصود به ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان [أحدهما] تنعقد به لأنها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف [والثاني] لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف إلى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة . ولانها عقد يخالف البيع في الحكم والاسم أشبه النكاح

(فصل) ولا تصح إلا من جائز التصرف لانه عقد تمليك في الحياة أشبه البيع

العين لانها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة الى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال آجرتك منفعة داري جاز (الثاني) أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولان المدة هي الضابطة المعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الاهلة لانها المعهودة في الشرع. قال الله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فان شرط هلالية كان تأكيداً ، وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوما لان الشهر العددي يكون ثلاثين يوما، وان استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الاصل، وحكي عن احمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفي الجميع بالعدد لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ، ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه فكذلك كل شهر يأتي بعده ، ولأبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وهكذا ان كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكانا يعلمان ذلك جاز وكان له

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة (أحدها) معرفة المنفعة إما بالعرف كسكنى الدار شهراً و خدمة العبد سنة وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين أو بناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته)

وجملة ذلك انه لابد من معرفة المنفعة في الاجارة لانها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع فان معرفته شرط في صحة البيع فكذلك معرفة المنفعة في الاجارة فان بيع المجهول لا يصح اجماعا ، فان كان لها عرف كسكنى الدار شهراً لم يحتج الى ذكرها لانه لا يكترى الا لذلك فاستغني عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف ، وخدمة العبد سنة كسكنى الدار لأنها معلومة بالعرف . وأما إن اكترى لحمل زبرة حديد إلى موضع معين فلابد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذي تحمل اليه لان المنفعة انما تعرف بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (أو بناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته واجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم)

وجملة ذلك انه يجوز الاستئجار للبناء ويقدر بالزمان والعمل ، فان قدر بالعمل فلابد من معرفة موضعه لانه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب ولابد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجر أو حجارة أوشيد أوغير ذلك . قال ابن أبي موسى: واذا استأجره لبناء الف لبنة

ثلاثمائة وخمسة وستون يوما فان الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوما وأربعة ثلاثون يوما وشهر واحد ثمانية وعشرون يوما ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لان المدة مجهولة في حقه ، وان آجره الى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعله غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله ،وقال القاضي لابد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا ،وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الاول أوالثاني من سنة كذا ،وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلابد أن يبينه من أي سنة ، وان علقه بيوم فلابد على قوله أن يبينه من أي أسبوع ، وان علقه بعيد من أعياد الكفار صح اذا علماه وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا

(فصل) ولا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال ابوحنيفة ، وقال الشافعي لايصح الا ان يستأجرها من هي في إجارته ففيه قولان لانه عقد على مالايمكن تسليمه في الحال فأشبه اجارة العين المغصوبة. قال ولايجوز أن يكتري بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي

في جدار أو استأجره يبني له فيه يوما فعمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفى العمل فان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه فسقط فعليه اعادة ماسقط وإتمام ماوقعت عليه الاجارة من الذرع ، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فأما ان فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ماتلف به

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف في الرقة والغلظ ، والارض تختلف منها العالي والنازل ، وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الا على مدة

(فصل) واذا استأجر داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولاصفتها لما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لايجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي لان السكنى تختلف، ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه

ولنا أن الدار لا تكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج الى ضبطه لما ذكرنا.وماذكروه لا يصح فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه،ولو اشترط ماذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا غير من ذكره ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا اكترى للركوب

العقد ، وانما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وماذكروه يبطل بما إذا أجرها من المكتري فانه يصح مع ماذكروه . اذا ثبت هذا فان الاجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها لانه أحد طرفي العقد فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤه من حين العقد وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فان احمد قال في رواية اسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى إخبارا عن شعيب عليه السلام (على أن تأجرني ثماني حجج) ولم يذكر ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قربة فاذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قربة

(فصل) ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل تجوز اجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان [أحدهما] كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح (الثاني) لا يجوز أكثر من سنة لان الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لان الغالب أن الاعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

(فصل) قد ذكرنا انه يجوز الاستئجار للخدمة كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلا أو امرأة حرا أو عبداً وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لانه تجوز النيابة فيه ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة ، قال أحمد أجير المشاهرة يشهد الاعياد والجمعة وان لم يشترط ذلك، قيل له فيتطوع بالركعتين قال مالم يضر صاحبه، وانما أباح ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف لترك معتكفه لها، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات من السنة وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها، قال أحمد يجوز أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها انما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها وفرق بين الحرة والامة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) اذا استأجر أرضاً احتاج الى ذكر ماتكترى له من غراس أو بناء أو زرع لانها تكترى لذلك كله وضرره يختلف فوجب بيانه، وفي إجارة الارض للزرع اختلاف ذكرناه في باب المساقاة

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل احتاج الى تعيين عدده وذكر قالبه وموضع الضرب لان الارض تختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن أسهل والماء أقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفا، وان قدره بالطول

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يقم على نسخه دليل، ولان ماجاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه، واذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم، ولان المنفعة كالاعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا. وقال الشافعي في أحد قوليه كقولنا وفي الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يفتقر إلى تقسيط الاجر عليها مع الاحتمال الذي ذكروه

(فصل) والاجارة على ضربين (أحدهما) أن يعقدها على مدة (الثاني) أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين فاذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان لان له عملا تتقدر منافعه به، وإن لم يكن له عمل كالدار والارض لم يجز إلا على مدة، ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيدها غرراً لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ماوقع عليه العقد،

والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غررا وقد يتلف القالب فلا يصح كما لو أسلم في مكيال بعينه

(مسئلة) (وان استأجر المركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيرا أو نحوه)

لان منافعها تختلف وتشترط معرفته برؤية أو صفة لانه يصح بيعه بهما وذكر المهمليج والقطوف لان سيرهما يختلف ومعرفة مايركب به من سرج أو غيره لانه يختلف بالركوب والراكب ولا يحتاج الى ذكر الذكورة والانوثة لان التفاوت بينهما يسير وقال القاضي يفتقر لتفاوتهما ولا بد من معرفة الراكب برؤية أو صفة ذكره الخرقي وقال الشريف لا يجزىء فيه الا بالرؤية لان الصفة لاتأتي عليه ولا بد من معرفة المحامل والاوطئة والاغطية والمعاليق كالقدر والسطحة ونحوهما أما برؤية اوصفة أووزن

(مسئلة) (فان كان للحمل لم يحتج الى ذكره)

لعدم الغرض في معرفته فان اتفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيأ تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكره في الاجارة ذكره شيخنا، وتشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة ويذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه لان ضرره يختلف وقدره بالوزن ان كان موزونا أو بالكيل ان كان مكيلا لان البيع يصح بكلا الامرين، ويحصل بالمشاهدة لانها من أعلى طرق العلم وبالصفة اذا ذكر القدر والجنس، وذكر ابن عقيل انه اذا قال أجرتكها لتحمل عليها

وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فان أتمه عمل في غير المدة، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه

وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال قد أضر به فقيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا يصالحه وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعا وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لان الاجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يمتنع ذلك. فعلى هذا اذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفى ماعليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الاجارة لان الاجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لان الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له الى الفسخ كما لو تعذر اداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ ويملكه المسلم فان اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الاجر والعمل، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لان العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل

ثلثمائة رطل مماشئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملا يضر بالحيوان فلو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يحمله في وعاء يموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها وان اكترى ظهرا للحمل موصوفا بجنس فاراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم ينعقد عليه، وان طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه السكون لكون المحمول مما يضره الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحمولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك، كما في المركوب، وان لم يفوت غرضا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله، فان اكترى بهيمة لحمل ماشاء لم يصح لانه يدخل فيه مايقتل البهيمة وكذلك ان شرط طاقتها لانه لا ضابط له

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني معرفة الاجرة بما يحصل به معرفة الثمن قياسا عليه ولا نعلم في ذلك خلافا وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «من استأجر اجيرا فليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع ، فان كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز في أحد الوجهين كالثمن في البيع والثاني لا يجوز لانه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض السلم والاول أولى لما ذكرنا ، وما قاسوا عليه ممنوع ثم الفرق بينهما ان المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان

(فصل) ومن اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي ﷺ احدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قول الله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل » وانما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكروه لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم، وكذلك الحكم فيما اذا اكتراها الى العشي لان أهل العرف لا يعرفون غير ماذكرناه، وإن اكتراها الى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكتراها الى النهار فهو الى أوله، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والاول أصح ، وإن اكتراها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكتراها ليلة فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال

لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا والشافعي نحو ماذكرنا في هذا الفصل

(فصل) وكل ماجاز أن يكون ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع [1]

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق ، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم انهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم . وروي عنه ان ذلك جائز في الظئر دون غيرها . اختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وانما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وان لم ترضع ،ولان الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج . ولان المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروي عنه رواية ثالثة ان ذلك لا يجوز بحال في الظئر ولا في غيرها وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ماروى ابن ماجه عن عتبة بن الندر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى اذا

(١) هذا الفصل بنصه مكرر مع ماينافي له في صحيفة ١٧ ولا معنى لذكره هنا

تعالى (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل)

(فصل) وإن اكترى فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج فالكراء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته للدليل وما ادعوه دليلا لا نسلم كونه دليلا

(فصل) (الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الاجارة كونه معلوما لا نعلم في ذلك خلافا وذلك لانه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كالثمن في البيع ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء ، فان كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين أشبههما الجواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الاجارة كما لو علم قدره (والثاني) لا يجوز لانه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى، وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان لانها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا والشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

بلغ قصة موسى عليه السلام قال « ان موسى أجر نفسه ثماني سنين أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة انه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا . رواه الأثرم وابن ماجه ، ولانه فعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا ، ولانه قد ثبت في الظئر في الآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ،ولان للكسوة عرفا وهي كسوة الزوجات وللاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كنقد البلد .ونخص أبا حنيفه بأن ما جاز عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالاثمان

اذا ثبت هذا وتشاحا في قدر الطعام والكسوة رجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الملبوس الى أقل ملبوس مثله لان الاطلاق فيه يجزيء فيه أقل ما يتناوله اللفظ كالوصية . ويحتمل أن يحمل على الملبوس في الكفارة كالمطعوم . قال أحمد إذا تشاحا في الطعام حكم به بمد كل يوم ذهب به الى ظاهر ما أمر الله من إطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولان الاطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ،وليس له اطعام الاجير الا ما يوافقه من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) فان شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كصفتها في السلم جاز عند الجميع وان لم يشرط

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد، قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي قال الله تعالى اخباراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة، وقال أبو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز اجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف، والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين لأنه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أو لا وهل هو ثخين أو رقيق، ولانه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله، وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وإن فعل فله أجر مثله أيضا

طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر، قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت وان شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا جاز لانه معلوم فهو كما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير ان شاء أطعمه وان شاء تركه، وان لم يكن موصوفا لم يجز لان ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه الأجير للحاجة اليه وجري العادة به فلا يلزم احتماله مع عدم ذلك ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا نعلم أحدا قال بجوازه الا أن يشترطه موصوفا فيجوز

(فصل) فان استغنى الاجير عن طعام المستأجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الاكل بمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانه عوض فلا يسقط بالغنى عنه كالدراهم، وان احتاج الى دواء لمرضه لم يلزم المستأجر لانه لم يشترط له الاطعام الاصحاء لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح لان مازاد على ذلك لم يقع العقد عليه فلم يلزم كالزائد في القدر

(فصل) فان قبض الاجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع اليه أكثر من الواجب له ليأكل منه قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المستأجر بان يضعف عن العمل أو يقل لان الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه وانما أباحه قدر حاجته وفي الثانية على المستأجر ضرر بتفويت بعض منفعته عليه فمنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال وان دفع اليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه فملكه إياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز لانه ضرر لاحق فيه

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم، ولا يصلح عوضا في البيع، وقال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك، وبه قال أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدرى أيوجد أم لا والاصل عدمه، ولا يصلح أن يكون ثمنا فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف ربحها، قلنا انما جاز ثم تشبيها بالمضاربة لانها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء والمساقاة كالمضاربة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لان النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك، وان استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لان العمل والاجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الاجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لانه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه

(فصل) (الحكم الرابع) ان الاجارة اذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة ويكون حدوثها على ملكه وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد

على المستأجر أشبه الدراهم

(فصل) فان قدم اليه طعاما فنهب أو تلف قبل أكله وكان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لكونه لم يسلم اليه وان خصه بذلك وسلمه اليه فهو من مال الاجير لانه يسلم عوضه على وجه التمليك أشبه البيع

(فصل) قال أحمد في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز ههنا لانه معلوم بالمشاهدة وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوما . واختاره على المقاطعة مع وجودها لانه ربما يخرج من الزرع مثل الذي قاطع عليه وههنا هو أقل منه يقينا

(فصل) يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وفيه خلاف ذكرناه . وقد أجمع أهل العلم على استئجار الظئر وهي المرضعة لقول الله تعالى [فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن] واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم . ولان الحاجة تدعو اليه أكثر من الحاجة الى غيره فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالاجارة في سائر المنافع، فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو الحضانة دون الرضاع أولهما جاز، وان أطلق العقد على الرضاع دخلت فيه الحضانة في أحد الوجهين وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق عليه

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها صار المستأجر مالكا لتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فان المستأجر لايملك التصرف فيها ،وقولهم ان المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت موردا للعقد والعقد لايرد الا على موجود

(فصل) (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الاجرة بمجرد العقد اذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وابو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها . قال ابو حنيفة إلا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع ،وقال النبي ﷺ « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» فتوعد على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه السلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لانه يتسلمها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

[الثاني] لاتدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولها ولاصحاب الشافعي كهذين الوجهين، والحضانة تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه أشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط ومايليه وسميت التربية حضانة تجوزا من حضانة الطير لبيضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحه فسميت تربية الصبي بذلك أخذا من فعل الطائر

(فصل) ولهذا العقد أربعة شروط أحدها العلم بمدة الرضاعة لانه لايمكن تقديره الابها لان السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف بكبر الصبي وصغره ونهمته وقناعته وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل في بيتها(الرابع)معرفة العوض لما ذكرنا

(فصل) والمعقود عليه في الرضاع خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فيه واللبن تبع كالصبغ في اجارة الصباغ وماء البئر في الدار لان اللبن عين فلا يعقد عليه في الاجارة كلبن غير الآدمي،وقيل هو اللبن قال القاضي وهو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ولهذا لو أرضعته ولم تخدمه استحقت الاجرة ولو خدمته ولم ترضعه لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)فجعل الاجر مرتبا على الرضاع فيدل على أنه المعقود عليه ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها وانما جاز العقد عليه مع كونه عينا رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه وانما جاز في الآدميين

ولنا انه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرناه فاما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى [فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم] أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه ان الامر بالايتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله [فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن] والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه انما توعد على ترك الايفاء بعد الفراغ من العمل، وقد قلتم تجب الاجر شيئا فشيئا ويحتمل أنه توعده على ترك الايفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة

جواب آخر ان الآية والاخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فاما ما وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها، وأما اذا كانت الاجارة على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل. قال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل وان استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وقال ابو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وانما توقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عوض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في المبيع، وفارق الاجارة على الاعيان

دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى بقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب مايدر لبنها ويصلح به وللمكتري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي فان لم ترضعه لكن سقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه أشبه مالو استاجرها لخياطة ثوب فلم تخطه فان دفعته الى خادمها فارضعته فكذلك وبه قال أبو ثور وقال أصحاب لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

ولنا أنها لم ترضعه أشبه مالو سقته لبن الغنم فان قالت أرضعته فانكر المسترضع فالقول قولها لانها مؤتمنة

(مسألة) (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا او وليدة اذا كان المسترضع موسرا)

لما روى أبو داود باسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يارسول الله مايذهب عني مذمة الرضاع قال « الغرة أو الامة » قال الترمذي حسن صحيح المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم قال ابن عقيل انما خص الرقبة بالمجازاة دون غيرها لان فعلها من الرضاعة والحضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة لتناسب بين النعمة والشكر ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أما فقال سبحانه (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ لايجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيعتقه » وان كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

لان تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا مايقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل، وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر إذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لايحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لايمتنع هذا كما لو شرطا التعجيل أو كان الثمن عينا

(فصل) (الحكم السادس) أنه اذا شرط تأجيل الاجر فهو الى أجله ، وإن شرطه منجما يوما يوما أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على مااتفقا عليه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها

(فصل) واذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع ، وإن سلمت اليه العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر وإن لم ينتفع لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع اذا تلف في يد المشتري ، وإن كانت الاجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فمضت ، وقال أبو حنيفة لايستقر الاجر

(فصل) ويجوز للرجل ان يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده والمعلق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه اجارتها للخدمة وليس لواحدة منهن اجارة نفسها لان منفعتها لسيدها فان كان لها ولد لم يجز إجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ريه لان الحق لولدها ليس لسيدها الا الفاضل عنه فان كانت مزوجة لم تجز اجارتها لذلك الا باذن الزوج لانه يفوت حقه لاشتغالها عنه بالرضاع والحضانة فان أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الاجارة وللزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة وقال مالك ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه، وليس للسيد اجارة مكاتبته لان منافعها لها ولذلك لايمكن تزويجها ولا وطؤها ولا اجارتها لغير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من الاكتساب

﴿مسألة﴾ (وان دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليعملاه ولهما عادة باجرة صح ولهما ذلك وان لم يعقدا عقد اجارة وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح)

اذا دفع ثوبه الى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم انك انما تعمله باجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الاجر وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما أشبه ما لو تبرعا بعمله

عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر للاجير المشترك ، فان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره

وقال أبو حنيفة لا أجر عليه وهو أصح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق اذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في اجارة فاسدة ففيما اذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه لانها لم تتلف تحت يده ولا في ملكه ، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان (احداهما) عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاها (والثانية) لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد

ولنا ان العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة ملاح ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض فأما ان لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرا الا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فهو كما لو تبرع به أو عمله بغير اذن مالكه وكذلك لو دفع ثوبه الى رجل ليبيعه وكان منتصبا يبيع للناس بأجر مثله فهو كالقصار والخياط فيما ذكرناه الاجر نص عليه أحمد ، وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب يختلف أجرها ولم يعين شيأ فجرى مجرى الاجارة الفاسدة ، فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في الفاسد

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا الى مكة أو غيرها الى انسان فحمله فوجد المحمول اليه غائبا فرده استحق الاجر لحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحا وفي الرد تضمنا لان تقدير كلامه وان لم تجد صاحبه فرده اذ ليس سوى رده الا تضييعه وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده

﴿مسألة﴾ (ويجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة)

وجملة ذلك ان كل ما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعة أخرى سواء كان الجنس واحدا كمنفعة دار بمنفعة أخرى ومختلفة كمنفعة دار بمنفعة عبد قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبه قال الشافعي قال

ولنا ان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالاعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وقعت الاجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر)

وجملة ذلك أنه اذا قال أجرتك هـذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضي الى أن الاجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الخرقي إلا أن الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الاجارة على دار لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الاول، وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الاجارة لاتكون لازمة عنده لان المنافع متقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم ، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قولي الشافعي لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسداً كما لو قال أجرتك مدة

الله تعالى إخبارا عن شعيب انه قال (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز الا أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء فيه ، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة ، وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسيئة ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين لانه يكون بيع دين بدين

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز إجارة الحلي بأجرة من جنسه وقيل لا يصح)

تجوز اجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انه قال في اجارة الحلي ما أدري ما هو ؟ قال القاضي هذا محمول على اجارته بأجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا بأس لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في إجارة الحلي والثياب هو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه احتج بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منه أجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي الى بيع ذهب بذهب وشيء آخر

ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما يجوز اجارته والزينة من

أو شهراً ، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد في هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة

ووجه الاول أن عليا رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ يأكل منه ، قال علي كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة، وعن رجل من الانصار أنه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الانصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه في سننه وهو نظير مسئلتنا ، ولان شروعه في كل شهر مع ماتقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا جرى من المساومة مادل على التراضي بها

فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الاجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد في الشهر الثاني ما ثبت ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لأن العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

(فصل) اذا قال أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه لان المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبه مالو قال آجرتك عشرين

المقاصد الاصلية فان الله تعالى امتن بهاعلينا بقوله (لتركبوها وزينة) وقوله (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس ماحرم على الرجال لحاجتهن الى التزين للازواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه ، وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة انما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد النقدين بالآخر لافضائه الى التفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض

(فصل) ولو استأجر من يسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أولا وهل هو ثخين أو رقيق؟ ولانه لا يجوز أن يكون عوضا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله وان استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وله أجر مثل ان فعل

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها وصوفها وشعرها ونسلها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية سعيد بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضا في البيع ، قال اسمعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويحفظها ولدها بينهما فقال اكره ذلك وبه قال ابو ايوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا لان العوض معدوم مجهول لا يدرى ايوجد ام لا ، والاصل عدمه

شهراً بعشرين درهما ، وإن قال آجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لأ نه أفرده بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو قال بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان

(فصل ، والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانها عقد معاوضة فكان لازما كالبيع ، ولانها نوع من البيع وانما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته أو يكتري دكانا للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لان العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فابق

ولنا أنه عقد لايجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولانه لوجاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعا للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا ويفارق الاباق فانه عذر في المعقود عليه

ولا يصلح أن يكون ثمناء فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف مغلها قلنا انما جاز ثم تشبيها بالمضاربة ولانها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء كالمضاربة والمساقاة وفي مسئلتنا لايمكن ذلك لان النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك ، وذكر صاحب المحرر رواية أخرى انه يجوز بناء على ما اذا دفع دابته أو عبده بجزء من كسبه والاول ظاهر المذهب لما ذكرنا من الفرق ، وعلى قياس ذلك اذا دفع نحله الى من يقوم عليه بجزء من عسله وشمعه يخرج على الروايتين فان أكتراه على رعيها مدة معلومة بجزء معلوم منها صح لان العمل والمدة والاجر معلوم فصح كما لو جعل الاجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لانه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فكان له نماؤه كما لو اشتراه

﴿مسئلة﴾ وان قال ان خطت الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فهل يصح ؟ على روايتين)

(إحداهما) لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهو مذهب مالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك بدرهم نقدا او بدرهمين نسيئة (والثانية) يصح وهو قول الحارث العكلي وابي يوسف ومحمد لانه سمى لكل عمل عوضا معلوما فصح كما لو قال كل دلو بتمرة ، وقال أبو حنيفة ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا لم يزد على درهمين وقد ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وقد رضي في أكثر العمل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الاجرة كاملة)

وجملته أن الاجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني، قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء، قلت فان مرض المستكري بالمدينة فلم يجعل له فسخاً، وذلك لانه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع

(فصل) ولاخلاف بين أهل العلم في إباحة اجارة العقار قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز ولا تجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديده فانه لايصير معلوما الا بذلك ولا يجوز اطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور اذا ضبط بالصفة أجزأ، وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على البيع، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالصفة لانه لا يصير معلوما الا بالرؤية كما لا يعلم في البيع، الا بذلك فان كان داراً أو حماما احتاج الى مشاهدة البيوت لان الغرض

بدرهم فلايزاد عليه وهذا لايصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كعدمه فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال ان خطته روميا فلك درهم، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فهل يصح ؟ على وجهين)

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها الا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه مالو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة واحدة يشرط فيها عوضا إن وجدت على صفة وعوضا ان وجدت على أخرى أشبه مالو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) نقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من جمال الى مصر بأربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون، فقال إن اكترى الى الرقة بعشرة واكترى الى دمشق بعشرة والى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول

يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر فان كان من بئر احتاج الى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام، فتى أخل بهذا أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به

(فصل) وكره احمد كراء الحمام وسئل عن كرائه فقال أخشى فقيل له اذا شرط على المكتري أن لا يدخله أحد بغير ازار فقال ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه قال ابن حامد هذا على طريق الكراهة تنزيها لا تحريما لانه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الاجارة على فعل محظور فكرهه لذلك فاما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان كراء الحمام جائز اذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كالوا كترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه الا عند تقضي المدة)

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما

لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا ، ونقل عن احمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان أوصلت الكتاب يوم كذا فلك عشرون وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبل

﴿ مسئلة﴾ (وان أكراه دابة وقال ان رددتها اليوم فكراؤها خمسة وان رددتها غدا فكراؤها عشرة فقال أحمد لا بأس به

نقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال ان رددتها غدا فكراؤها عشرة، وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة لا بأس به، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد برواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد على قياس بيعتين في بيعة ، وقال القاضي يصح في اليوم الاول دون الثاني وقياس حديث علي والانصاري صحته فان عليا أجر نفسه ليهودي يستقي له كل دلو بتمرة و كذلك الانصاري وسنذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال احمد في رواية أبي الحارث هو جائز) ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا فان ذهب الى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال اكتريتها عشرة فما حبسها فعليه في كل يوم عشرة أنه يجوز وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوما صح ، وتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته

يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لانها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع، فان تصرف فيها نظرنا فان كان ذلك في حال بدا المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري دارا سنة فيسكنها شهرا ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك لانه يتصرف فيه قبل قبض المكتري، له فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه. فعلى هذا ان تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدرما تصرف فيه دون مالم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقي، فلو سكن المستأجر شهرا وتركها شهرا وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه يقسط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لانه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء وان فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها الى المستأجر والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي، وان تصرف المالك قبل تسلم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجها واحدا لان العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالحصة كالمبيع اذا سلم بعضه وأتلف بعضا

غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك. قال شيخنا: والظاهر عن احمد خلاف هذا فان قوله فهو جائز عاد إلى جميع ما قبله وكذلك قوله لا بأس، ولان لكل عمل عوضا معلوما فيصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ومسائل الصبرة لا نص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وإن سلم فسادها فلان القفزان التي شرط عملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الايام فانها معلومة

﴿ مسئلة ﴾ (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفا

ولنا أن المدة مجهولة والعمل مجهول فلم يجز كما لو اكتراها لمدة سفره في تجارته ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فان فعل ذلك فله أجر المثل كالاجارات الفاسدة

﴿ مسئلة ﴾ (وان سمى لكل يوم شيئا معلوما فجائز)

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجرة لما سكن)

يعني اذا استأجر عقارا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لانه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لامر غالب

ولنا أنه لم يسلم أليه ماعقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئا كما لو استأجره ليحمل كتابا فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقي، وقياس الاجارة على الاجارة اولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما اذا امتنع لامر غالب لان له عذرا ، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من اتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(فصل) اذا هرب الاجير أو شردت الدابة او أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها

وقال الشافعي لا يصح لان مدة الاجارة مجهولة . ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري فلم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجره فصح كما لو أجره شهراً كل يوم بدرهم أو استأجره لنقل صبرة معلومة كل قفيز بدرهم . اذا ثبت هذا فلا بد من تعيين مايستأجر له من ركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء أقامت أو سارت لان المنافع ذهبت في مدته أشبه مالو اكترى دارا وغلقها ولم يسكنها

﴿ مسئلة ﴾ (وان أكراه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص عن أحمد أنه يصح وكلما دخل شهر لزمهما حكم الاجارة ولكل واحد منهما الفسخ عند انقضاء كل شهر ، وقال أبو بكر وابن حامد لا يصح)

اختلف أصحابنا في ذلك فقال القاضي يصح ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار الخرقي لان الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وأجره معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار ان أجره دارا لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين الدخول فيه فصح بالعقد الاول ، وان لم تتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك نحو هذا الا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة الا في اللزوم واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامد وابن عقيل أن العقد لا يصح وهو قول الثوري والصحيح

فان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أوحمل الى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب ابتيع من ماله فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في الذمة لا يفوت بهربه،وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

﴿مسئلة﴾ قال (فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الاجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجملته أن من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من اقسام ثلاثة (أحدها) أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب (أحدها) أن تتلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فاشبه ما لو تلف الطعام المبيع

من قولي الشافعي لانّ كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مجهولا فيكون فاسداً كقوله أجرتك أشهرا وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة . ووجه الاول أن عليا استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به الى النبي ﷺ فأكل منه قال كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جلدة وعن رجل من الانصار انه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة فاشترط الانصاري أن لا يأخذه خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ الا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه وهو نظير مسئلة اجارة الدار، ونص في المسئلة الاخرى،ولان شروعه في كل شهر مع ماتقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا وجد من المساومة مادل على التراضي بها.فعلى هـذا متى ترك التلبس به في شهر لم تلزم الاجارة فيه لعدم العقد وكذلك ان فسخ وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد الثاني ماثبت والقياس يقتضي عدم الصحة لان العقد تناول جميع الاشهر وذلك مجهول ثم لاوجه لاعتبار الشروع في الشهر الذي يلي الاول مع كون الشهور كلها داخلة في اللفظ ، فأما أبو حنيفة فذهب الى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد ، قال شيخنا ولا يصح هذا العذر لان العقد الفاسد في الاعيان لايلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

قبل قبضه (الثاني) ان تتلف عقيب قبضها فان الاجارة تنفسخ أيضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء الا أبا ثور حكي عنه أنه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فاشبه تلفها قبل قبض العين (الثالث) أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون مامضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث اذا اكترى بعيرا بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ماقبض كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ثم ننظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر مامضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الخبرة ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبعير استاجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

(فصل) اذا قال أجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف لان المدة معلومة والاجر معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبه مالو قال أجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما، فان قال أجرتكها شهرا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لانه أفرده بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان لما ذكرنا

(فصل) في مسائل الصبرة وهي عشر مسائل (احداها) أن يقول استأجرتك لحمل هذه الصبرة الى مصر بعشرة فهي صحيحة بغير خلاف نعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها كل قفيز بدرهم فيصح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد، ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل قفيزا منها بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد باقيها كله إذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل قفيزا منها بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملته من باقيها فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول. ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل

(فصل) القسم الثاني أن يحدث على العين مايمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ماستأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار والارض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الارض التي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الارض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضا لان المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح الا لتدور في الرحى . وقال القاضي في الارض التي ينقطع ماؤها لاتنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه مالو نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والامضاء فان فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات، وإن اختار امضاء العقد فعليه جميع الاجر لان ذلك عيب فاذا رضي به سقط حكمه فان لم يختر الفسخ ولا الامضاء اما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لايمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع ، ولو كان النفع الباقي في الاعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لاتصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها ، وأما ان أمكن الانتفاع

قفيز بدرهم فهي كالرابعة سواء . (السادسة) قال لتحمل لي منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلايصح لانه في معنى بيعتين في بيعة . ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز منها بدرهم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك ، فان كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانهما كالصبرة الواحدة وإن جهل أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة [الثامنة] قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وإن جهلاها بطل فيهما لانه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها . فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها مغصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقد فيها ، وفي صحته في الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة الا أنها إن كانت قفزانها معلومة أو قدر إحداهما معلوم من الاخرى فالأولى صحته لان قسط الاجر فيها معلوم ، وان لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العوض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولايجوز العقد على مايشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرنا

بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصود مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو بسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار اما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه مالو تعيبت والمستأجر خيار الفسخ على ماذكرناه الا في الدار اذا انهدمت فان فيها وجهين (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها ، فأما ان كان الحادث في العين لا يضر بها كغرق الارض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في تبقية العين لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك أمسك بالحصة من الاجر كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع

(فصل) القسم الثالث أن تغصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة فأشبه مالو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ويتخرج انفساخ

﴿ فصل ﴾ قال المصنف رحمه الله [الثالث أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا يجوز على الزنا والزمر والغناء ولا اجارة دار ليجعلها كنيسة أو بيت نار، أو لبيع الخمر أو القمار]

وجملة ذلك ان من شرط صحة الاجارة أن تكون المنفعة مباحة فان كانت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء لم يجز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كاجارة الامة للزنا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال إجارة النائحة والمغنية

(فصل) ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء أو نوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز . ولنا انه انتفاع بمحرم أشبه ماذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتب شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك

(فصل) ولا تجوز اجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس وخالفه صاحباه ، واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا انه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ، ولو اكترى ذمي من مسلم داراً فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه، وبذلك قال الثوري . وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما يشاء . ولنا انه محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

العقد بكل حال على الرواية التي تقول ان منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي في ذلك اختلاف ، وإن زادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى مابقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الأجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جمله الذي يحمل عليه وعبده الذي يخيط له لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الاجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل لان العقد على مافي الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده فان تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها

(فصل) (القسم الرابع) أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا

(فصل) (القسم الخامس) أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لانه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو استاجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الاجارة ، وان أحب ابقاءها الى حين امكان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة والخمر وعنه يصح ويكره أكل أجرته)

لايجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها أو يأكل الميتة ولا على حمل خنزير لذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبوحنيفة يجوز لان العمل لايتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز لانه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز . وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً لذمية أوخمراً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراء فاذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي :هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحظور لا يحل أخذ الاجر عليه

قال شيخنا :وهذا تأويل بعيد لقوله :أكره أكل كرائه واذا كان لمسلم فهو أشد والمذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ، ولان النبي ﷺ لعن حاملها والمحمولة اليه . وقول أبي حنيفة لا يتعين يبطل بما لو استأجر أرضا ليتخذها مسجداً فأما حمل الخمر لاراقتها والميتة لطرحها والاستئجار لكسح الكنيف فجائز لان ذلك مباح، وقد استأجر النبي ﷺ أباطيبة فحجمه .وقال أحمد في رواية ابن منصور فيمن يؤاجر نفسه لنظارة كرم نصراني : يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر

(فصل) قد ذكرنا ان الاستئجار لكسح الكنيف جائز الا انه يكره له أكل أجرته كأجرة الحجام بل هذا أولى . وقد روى سعيد بن منصور ان رجلا حج وأتى ابن عباس فقال له اني رجل أكنس فما ترى في مكسبي ؟ قال أي شيء تكنس ؟ قال العذرة ، قال :ومنه حججت ومنه تزوجت؟ قال نعم . قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث . ونحو هذا . ولان فيه دناءة فكره

استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما لايعدوهما، فاما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا

(فصل) واذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه، قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضا أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة وان شاء أخذها وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ولانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الاعيان، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحة أو عضوضة أو أشباه ذلك، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري

كالحجامة. وانما قلنا بجواز الاجارة عليه لدعو الحاجة اليه ولا يندفع ذلك الا بالاباحة فجاز كالحجامة

(فصل) ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به ويرده ولا لطعام ليتجمل به على مائدته ثم يرده ولا النقود ليتجمل بها الدكان لانها لم تخلق لذلك ولا تراد له فبذل العوض فيه سفه وأخذه من أكل المال بالباطل، وكذلك استئجار ثوب ليوضع على سرير الميت لما ذكرنا

﴿فصل﴾ (قال الشيخ رحمه الله) والاجارة على ضربين (أحدهما) إجارة عين. فتجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها) كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح وأشباه ذلك. وقد ذكرنا بعض ذلك في مواضعه

﴿مسألة﴾ (ويجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يجوز. ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجازت الاجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز استئجار حيوان ليصيد به إلا الكلب)

يجوز استئجار الفهد والبازي والصقر ونحوه للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته فجازت إجارته له كالدابة، فأما إجارة سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد فلا تجوز اجارتها لانه لانفع فيها وكذلك اجارة الكلب والخنزير لانه لايجوز بيعه. ويتخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعاً مباحا تجوز اعارته له فجاز اجارته له كغيره. ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

خيار الفسخ لأن المنافع لايحصل قبضها إلا شيئا فشيئا ، فاذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وان رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لانه رضي به ناقصا فأشبه مالو رضي بالمبيع معيبا ، وان اختلفا في الموجود هل هو عيب أولا؟ رجع فيه الى أهل الخبرة فان قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أوانها تتعب راكبها لكونها لاتركب كثيراً فليس له فسخ ، وان قالوا هو عيب فله الفسخ هذا اذا كان العقد يتعلق بعينها فاما إن كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكري ابدالها لان العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه اذا سلمه على غير صفته فان عجز عن ابدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكتري الفسخ أيضا

(فصل) وعلى المكري مايتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لان عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه، فان ضاعت بغير تفريط من المكتري فعلى المكري بدلها لانها أمانة في يد المكتري فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائط ان سقط وابدال خشبه ان انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبزل ومجرى الماء لان بذلك يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكتري وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منهما لان الانتفاع ممكن بدونه وأما تنقية البالوعة والكنف فان احتيج الى ذلك عند الكراء فعلى المكري لان ذلك مما يتمكن به من

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز استئجار كتاب ليقرأ فيه الا المصحف في أحد الوجهين)

تجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها من القراءة فيها والنسخ منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه . وهذا مذهب الشافعي ، ومقتضى قول أبي حنيفة أنه لا تجوز اجارتها لانه علل منع اجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك كما لايجوز أن يستأجر سقفا لينظر الى عمله

ولنا أن فيه نفعا مباحا يحتاج اليه تجوز الاعارة له فجازت الاجارة له كسائر المنافع .وفارق النظر الى السقف فانه لاحاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وتجوز اجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان [أحدهما] لا يصح اجارته لانه لا يصح بيعه إجلالا لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به وابتذاله بالثمن في البيع والاجرة في الاجارة [والثاني] يصح وهو مذهب الشافعي لانه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت اجارته كسائر الكتب ، ولا يلزم من عدم جواز البيع عدم جواز الاجارة كالحر

(فصل) والذي يحرم بيعه تحرم اجارته الا الحر والوقف وأم الولد فانه يجوز اجارتها وان حرم بيعها ، وماعدا ذلك لاتجوز اجارته ،وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

الانتفاع، وان امتلأت بفعل المكتري فعليه تفريغها وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور هو على رب الدار لان به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكترى وهي ملأى وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب الدار لان عادة الناس ذلك

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف الماء كالقول في بالوعة الدار، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) وان شرط على مكتري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لانه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لانه يؤدي الى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فان أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكتري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له ارش العيب قياساً على المبيع المعيب، وان لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فاشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له ارش العيب كما لو اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف في يده

(فصل) وان شرط الانفاق على العين النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام اذا شرطها على المكتري فالشرط فاسد لان العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه، واذا أنفق بناء على هذا احتسب به على

﴿مسألة﴾ (ويجوز استئجار النقد للتحلي والوزن لا غير)

إذا كان في مدة معلومة وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الآخر انه لا تجوز اجارتها لان هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فاشبهت الشمع

ولنا انها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فاشبهت الحلي، وفارق الشمع فانه لا ينتفع به إلا بما يتلف عينه

﴿مسألة﴾ (فان أطلق الاجارة لم يصح في أحد الوجهين ويصح في الآخر وينتفع بها في ذلك)

وهذا اختيار أبي الخطاب لان منفعتها في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقا فانه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها، فعلى هذا ينتفع بها فيما شاء منهما، وقال القاضي لا تصح الاجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لان الاجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير انما هو باعيانها فاذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد، وقال أصحاب الشافعي لا تصح الاجارة ولا تكون قرضا لان التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لان القرض تمليك للعين والاجارة تمليك المنفعة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير باحدهما عن الآخر، ولان التسمية والالفاظ تؤخذ نقلا ولم يعهد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض، قال شيخنا وقول أبي الخطاب أصح

المكري لانه أنفقه على ملكه بشرط العوض ، فان اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المكري لانه منكر ، فان لم يشترط لكن أذن له في الانفاق ليحتسب له من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكري أيضا ، وان أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير اذنه نفقة غير واجبة على المالك فاشبه ما لو عمر دارا له اخرى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الآدمي بغير خلاف بين أهل العلم وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم واستاجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا ليدلهما على الطريق وذكر النبي ﷺ رجلا استاجر اجراء كل أجير بفرق من ذرة وقال « انما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استاجر أجراء فقال من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قيراط قيراط؟ فعملت اليهود، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار الى العصر على قيراط قيراط؟ فعملت النصارى، ثم قال من يعمل لي من العصر الى غروب الشمس على قيراطين قيراطين؟ فعملتم أنتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجرا فقال هل ظلمتكم من أجركم شيئا ؟ قالوا لا قال فانما هو

ان شاء الله تعالى لان العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إجارتها الجهة التي تجوز اجارتها فيها، وقول القاضي لا يصح لما ذكرنا، وماذكر أصحاب الشافعي من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر نخلا ليجفف عليها الثياب ويبسطها عليها ليستظل بظلها ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الأثمان

ولنا انها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك النابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بها على السواء في الحالتين فما جاز في إحداهما يجوز في الاخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والند لشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرده لأنها منفعة أشبهت الوزن والتحلي مع انه لا ينفك من اخلاق وبلى

(فصل) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لان فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة بحال فلا تجوز الاجارة لذلك

ولنا ان هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فانها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد

﴿مسئلة﴾ (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته)

فضلي أوتيه من أشاء »ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالدور ، ثم اجارته تقع على ضربين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج واستئجار الاجراء المذكورين في الخبر (والثاني) استئجاره على عمل معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلا يدلهما على الطريق واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين (والثاني) ان تقع على عمل في الذمة كخياطة قميص وبناء حائط فتى كانت على عمل في ذمته فرض وجب عليه ان يقيم مقامه من يعمله لانه حق وجب في ذمته فوجب عليه ايفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر انظاره لان العقد باطلاقه يقتضي التعجيل وفي التأخير اضرار به ،فأما ان كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته وعمل غيره ليس معقوداً عليه وإنما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى معينا لم يجز ان يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فانه يجوز ابدال المعيب ، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه،فكذلك الاجارة ،وان كانت الاجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فانه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان الغرض لايحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان

يجوز استئجار ولده لخدمته كالاجنبي واستئجار أمه وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف كالاجانب،فأما استئجار امرأته لرضاع ولده منها فيجوز في الصحيح من المذهب قال الخرقي ان أرادت الأم أن ترضع ولدها باجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي لايجوز وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر وهو قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك

ولنا ان كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل انه لا يملك إجبارها على ذلك ويجوز أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كثمن مالها،وقولهم انها استحقت عوض الحبس والاستمتاع قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كالو استأجرها ثم تزوجها،وتأويل القاضي كلام الخرقي يخالف الظاهر من وجهين (أحدهما)أن الالف واللام في الزوج للمعهود وهو ابو الطفل (الثاني) انها اذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع الا باذن زوجها فسد التأويل

(مسئلة) (ولا تصح الاجارة الا بشروط خمسة أحدها أن يعقد على نفع العين دون أجزائها)

(فصل) يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجرتك شهراً لتحفر لي بئراً أونهراً لم يحتج الى معرفة القدر ،وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلا حفر أو كثيراً ،ويحتاج إلى معرفة الارض التي يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا لايحتاج إلى معرفتها لان الغرض لايختلف بذلك، والاول أولى ان شاء الله لان الارض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقا ، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه ، وان قدره بالعمل فلابد من معرفة الموضع بالمشاهدة لان المواضع تختلف بالسهولة والصلابة ولا ينضبط ذلك بالصفة ، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه لأن العمل يختلف بذلك فاذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لايمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد فان تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أونحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه ، وان وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف ، فاذا ظهر فيها مايخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فاذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل، فيقال كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ ويقسط الاجر المسمى عليهما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه،وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل

لان الاجارة بيع المنافع فأما الاجزاء فلا تدخل في الاجارة فلا يصح اجارة الطعام للاكل ولا الشمع ليشعله لان هذا لاينتفع به الا باتلاف عينه فلم يجز كما لو استأجر ديناراً لينفقه ،فان استأجر شمعة ليسرجها ويرد بقيتها وثمن ماذهب وأجر الباقي فهو فاسد لانه يشمل بيعا واجارة وما وقع عليه البيع مجهول واذا جهل البيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز استئجار حيوان ليأخذ لبنه)

كاستئجار الابل والبقر والغنم ليأخذ لبنها أو ليسترضعها اسخالها ونحوها ولا ليأخذ صوفها وشعرها ووبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (الا في الظئر ونفع البئر يدخل تبعا)

أما الظئر فقد سبق ذكرها ، وأما نفع البئر فقال ابن عقيل يجوز استئجار البئر ليستقي منه أياما معلومة ودلاء معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه ، فأما الماء فيؤخذ على أصل الاباحة

(فصل) ولايجوز استئجار الفحل للضراب وهو ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي

احتاج الى تبيين عدده وذكر قالبه وموضع الضرب لان الاجر يختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن أسهل والماء أقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفا وان قدره بالطول والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غررا وقد يتلف القالب ولا يصح كما لو أسلم في مكيال بعينه

(فصل) ويجوز الاستئجار للبناء وتقديره بالزمان أو العمل فان قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف أيضا بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وآجر أو غير ذلك، قال ابن أبي موسى واذا استاجره لبناء الف لبنة في حائطه أو استاجره يبني له فيه يوما فعمل ما استأجره عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفى العمل، وان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط فعليه اعادة ما سقط واتمام ما وقعت عليه الاجارة من الزرع، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فاما ان فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف فمنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فمنها العالي ومنها النازل وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الا على مدة

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعرا مباحا أو سجلات نص

وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه بناء على إجارة الظئر للرضاع لان الحاجة تدعو اليه وهو قول الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين فهو كاجارة الغنم لأخذ لبنها، ولان الماء محرم لاقيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة، فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين ، وقيل يقدره بالمدة وهو بعيد فان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وربما لايحصل الفعل في المدة ويتعذر ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكتري فحلا لاطراق ماشية كثيرة كتيس يتركه في غنمه فانه انما يكتريه مدة معلومة . والمذهب أنه لايجوز اجارته لما ذكرناه فان احتاج الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء ، وليس للمطرق أخذه لان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كشراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، وان أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدى هدية فجوزي عليها

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين ويصح في الاخر بدونه وللمستأجر خيار الرؤية)

عليه في رواية مثنى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل فان قدره بالعمل ذكر عدد الاوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فان عرف الخط بالمشاهدة جاز وان أمكن ضبطه بالصفة ضبطه والا فلا بد من مشاهدته لان الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر بأجزاء الفرع ويجوز بأجزاء الاصل المنسوخ منه وان قاطعه على نسخ الاصل بأجر واحد جاز واذا أخطأ بالشيء اليسير الذي جرت العادة به عفي عنه لان ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف في الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ولا لغيره تحديثه وشغله وكذلك كل الاعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفا في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهرا ثم يستكتبه مصحفا، وكره علقمة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة فكره الاجر عليه كالصلاة . ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجر عليه ككتابة الحديث وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »

(فصل) ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم، وكان ابراهيم بن أدهم يؤجر

يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالصفات ، أو بالصفة ان كانت تنضبط قياسا على البيع ، وفيه وجه آخر أنه لا يشترط ويثبت المستأجر خيار الرؤية وهو قول أصحاب الرأي ، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ، وقد ذكرناه والمشهور الاول . فعلى هذا اذا كانت مما لا ينضبط بالصفة كالدور والحمام فلا بد من رؤيتها كالبيع لان الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة مائه ومشاهدة الايوان ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فمتى أخل بهذا أو بعضه لم يصح للجهالة بما يختلف به الغرض ، وقد كره أحمد كراء الحمام لانه يدخله من يكشف عورته فيه قال ابن حامد هو على طريق كراهة التنزيه دون التحريم فاما العقد فصحيح في قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز اذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضا عن دخول الحمام والاغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث القدرة على التسليم فلا تصح اجارة الآبق والشارد والمغصوب من غير غاصبه اذا لم يقدر على أخذه منه) لانه لا يمكن تسليم المعقود عليه فلم تصح إجارته كبيعه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجوز اجارة المشاع مفرداً لغير شريكه وعنه ما يدل على الجواز)

نفسه لحصاد الزرع ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا ليحتطب له لانه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الاجرة فان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فظاهر هذا ان المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله لانه قال : ان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا انه اذا لم يستضر لا يرجع بشيء لانه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فان ضر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه ويحتمل انه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ماعمله لغيره لانه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فما دونهما ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال ابو حنيفة لا يجوز في النفس لان عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب من مما يلي الرأس ومن ما يلي الكتف فكان مجهولا

قال أصحابنا لا تجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معا وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يقدر على تسليمه فلم تصح اجارته كالمغصوب، يحقق ذلك أنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب الشريك ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار ابوحفص العكبري جوازه ، وقد أومأ اليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرد ولانه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه فانه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة المغصوب من غاصبه دون غيره ، وان كانت لواحد فاجر نصفها صح لانه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر للمستأجر الاول صح لامكان تسليمه اليه ، وان أجره لغيره ففيه وجهان كالمسألة التي قبلها لانه لا يمكنه تسليم ما اجره اليه ، وان أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لانه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد اليه

(فصل) ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم فقال ان أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز ، وان كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه يجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع ، يحققه أن عقد

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لايختص فاعله بكونه من أهل القربة فجاز الاستئجار عليه كالقصاص في الطرف، وقوله ان عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب فان عدد الغرزات مجهول ، وقوله ان محله غير متعين قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كموضع الخياطة من حاشية الثوب والاجر على المقتص منه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال ابو حنيفة ومالك هو على المستوفي لانه غير متعين فليس على المقتص منه الا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخله

ولنا أنه أجر يجب لايفاء حق فكان على الموفي كأجر الكيال والوزان وماذكروه غير صحيح فان القطع مستحق عليه بخلاف الثمرة بدليل أنه لو مكنه من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ولو كان التمكين تسليما لسقط حقه كالثمرة

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق فان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبدالله بن أريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلهما على طريق المدينة ، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أتانا رسول الله ﷺ فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله ﷺ « زن وأرجح » رواه أبو داود ويجوز استئجار رجل ليلازم غريما يستحق ملازمته وسئل أحمد عن ذلك فقال لا بأس قد شغله ، وقال في موضع آخر : غير هذا أعجب

الاجارة للخدمة يتعين فيها حبسه مدة الاجارة واستخدامه ، والبيع لايتعين فيه ذلك فاذا منع فالمنع من الاجارة أولى ، فاما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب جاز بغير خلاف نعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الانصاري ولانه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه فأشبه مبايعته فان أجر نفسه منه لغير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله : وان كان في عمل شيء جاز ونقل عنه أحمد بن سعيد لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة ، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى ما رواه الاثرم واحتج بانه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع، والصحيح ماذكرنا فان كلام أحمد يدل على خلاف ماقاله ، وانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل، ويفارق البيع فان فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي أنه سئل عن الرجل يكتري الديك ليوقظه لوقت الصلاة لايجوز لان ذلك يقف على فعل الديك ، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت

﴿ مسئلة ﴾ (الشرط الرابع اشتمال العين على المنفعة)

الي كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضييق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالما فيساعده على ظلمه لكنه جائز في الجملة لان الظاهر أنه محق فان الظاهر أن الحاكم لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا الموكل فعله

(فصل) ويجوز أن يستأجر سمسارا يشتري له ثيابا ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحماد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار فان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئا معلوما صح أيضا ، وان قال كلما اشتريت ثوبا فلك درهم اجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام احمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

(فصل) وإن استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ولانه يجوز عقد الاجارة عليه مقدرا بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة ، وقولهم إنه غير ممكن لا يصح فان الثياب

فلا يجوز استئجار بهيمة زمنة للحمل ولا أرض لا تنبت الزرع لان الاجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا تجوز اجارتها كالعبد الآبق

﴿ مسئلة ﴾ (الخامس كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها)

لانه تصرف فيما لا يملكه ولا اذن فيه مالكه فلم يجز كبيعه ، ويحتمل أن يجوز ويقف على اجازة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكها

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز للمستأجر اجارة العين لمن يقوم مقامه من المؤجر وغيره)

يجوز للمستأجر اجارة العين المستأجرة اذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سلمة بن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ،وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه، والاول أصح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة وبهذا الاصل يبطل قياس الرواية الأخرى . إذا ثبت هذا فانه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أودونه في الضرر لان هذه المنفعة صارت مملوكة له فله أن يستوفيها بنفسه وبنائبه ، والمستأجرة لا يجوز أجارتها لمن هو أ كثر ضرراً منه ولا لمن يخالف ضرره ضرره لما نذكره

لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ماقاسوا عليه فانه متعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل أن لا يصح لان ذلك لا يكون الا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر والا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلا أو امرأة حراً أو عبدا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه تجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة ، قال احمد أجير المشاهرة يشهد الاعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فيتطوع بالركعتين ؟ قال مالم يضر بصاحبه انما أباح له ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال ابو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال أحمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا إلى شعرها انما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الامة والحرة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) فاما اجارتها قبل قبضها فتجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهو قول بعض الشافعية لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه ، والثاني لا يجوز وهو قول أبي حنيفة ، والمشهور من قولي الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان ، وأما اجارتها المؤجر قبل القبض فاذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر ففيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز كغيره (والثاني) يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه وهل يصح من بائعه؟ على روايتين وتجوز اجارتها من المؤجر بعد قبضها وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يؤدي الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق من المكري فاذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهو تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع الاجنبي جاز مع العاقد كالبيع وماذكروه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين ، فاذا اشتراها استحق تسليمها فان قبل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة قلنا المستحق تسليم العين ، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها رجع عليها لانها تعذرت بسبب كان في ضمانه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالاجارة بحالها)

هذا قول مالك والشافعي واسحاق والبتي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجاره بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ماعقد مع الوارث ، واذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا انه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج امته ثم مات وما ذكروه لايصح فانا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ماذكروه لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئرا فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا

(فصل) وإن مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كمن يموت في طريق مكة ويخلف جمله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم

﴿ مسئلة ﴾ (وتجوز إجارتها بمثل الاجرة وزيادة ، وعنه لاتجوز بزيادة ، وعنه ان جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا)

إذا قلنا بجواز إجارة العين المستأجرة جازت بمثل الاجرة وزيادة نص عليه أحمد ، وروي عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد لاتجوز بزيادة تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب وأبي سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والنخعي وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا فان فعل تصدق بالزيادة روي ذلك عن الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ويخالف ما إذا عمل فيها فان الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية أخرى ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث فيها عمارة لايقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبر فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه بدليل أنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، والقياس على بيع الطعام قبل قبضه لا يصح فانه لايجوز وان لم يربح فيه ، وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغي بما إذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها عادة والله أعلم

مقامه فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبه مالو غصبت ، ولان بقاء العقد ضرر في حق المكتري والمكري لان المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه وقد نقل عن احمد في رجل اكترى بعيراً فمات المكتري في بعض الطريق فان رجع البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له ، وان كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبه مالو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينيه فبرأت أو ذهبت ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث، وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لاينفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئا من الاجر، ويفارق هذا مالو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لايؤيس منه بالحبس فانه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة اما بأجر أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبه ماذكرنا من الصور

(فصل)وسئل أحمد عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل؟ قال ماأدري هي مسألة فيها بعض الشيء ، قلت أليس كان الخياط أسهل عندك اذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئا ؟ قال إذا عمل فهو أسهل . قال النخعي لابأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكا أو إبراً فان لم يعين فيها بشيء فلا يأخذن فضلا . وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله بناء على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لايؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

﴿ مسألة ﴾ (والمستعير اجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها)

لانه لو أذن له في بيعها جاز فكذلك اذا أذن له في اجارتها ولان الحق له فجاز باذنه ولابد من تعيين المدة في الاذن لان الاجارة عقد لازم لاتجوز الا مدة معينة

﴿ مسألة ﴾ (وتجوز اجارة الوقف) لان منافعه مملوكة للموقوف عليه فجاز اجارتها كالمستأجر

﴿ مسألة ﴾ (فان مات المؤجر فانتقل الى من بعده لم تفسخ الاجارة في أحد الوجهين)

والثاني حصته من الاجر لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم تبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق

(فصل) اذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثنائها وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان (أحدهما) لاتنفسخ الاجارة لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق (والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ماخلفه وما تصرف فيه في حياته لاينتقل الى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح ،ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي ، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الأجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلمن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر وإن قلنا لاتنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(فصل ، وإن أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فقال أبو الخطاب ليس له فسخ الاجارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الاجارة

(والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين احداهما له والاخرى لغيره بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه،وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل إلى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل إلى الوارث ،والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنفسخ الاجارة فلمن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر . وان قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(مسألة) (وإن أجر الولي اليتيم أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فليس له فسخ الاجارة. ذكره أبو الخطاب)

لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوّجه ، ويحتمل أن تبطل الاجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية لما ذكرنا في إجارة الوقف . ويحتمل انه إذا أجره مدة يتحقق فيها بلوغه وهو أن يؤجر ابن أربع عشرة سنتين فيبطل في السادس عشر لاننا نتيقن انه أجره فيها بعد بلوغه ، وهل يصح في الخامس عشر ؟على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وإن لم يتحقق فيها بلوغه

فيما بعد زوال الولاية على ماذكرنا في اجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ماإذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها ـ مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لانا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ـ وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ماقد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أفضى الى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، والى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لايمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للابد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لايملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالاب اذا زوج ولده وما قاسوا عليه انما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لالما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لاولاية له فيها وههنا انما يثبت للولي

كالذي أجره الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما ذكرنا في صدر الفصل، لأنا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق فيها بلوغه أفضى الى أن يعقد على منافعه طول عمره وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لايمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للابد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لايملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة إذا عتقت تحت زوج

ولنا انه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده والامة إنما ثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لالما ذكره، بدليل انها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لاولاية له فيها ، وههنا انما يثبت للوالي الثاني التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم يثبت للثاني ولاية على ماتناوله الخبر

﴿ مسئلة ﴾ (فان أجر السيد عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق)

ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء . وهذا أحد قولي

الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم تثبت للثاني ولاية على ماتناوله

(فصل) وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قولي الشافعي وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل.

ولنا أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان مايستوفيه السيد لايرجع به عليه، ويخالف المكره فانه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكرناه. ولنا انه عقد لازم عقده على مايملكه فلا ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها. اذا ثبت هذا فان نفقة العبد ان كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على معتقه لانه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ولان العبد لايقدر على نفقة نفسه لانه مشغول بالاجارة ولا على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى

(فصل) اذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا

الشافعي، وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل

ولنا انها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان مايستوفيه السيد لايرجع به عليه. ويخالف المكره فانه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره. ثم ولنا انه عقد لازم على مايملك فلم ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها

اذا ثبت هذا فان نفقة العبد اذا لم تكن مشروطة على المستأجر فهي على معتقه لانه كالباقي في ملكه لكونه يملك عوض نفعه، ولان العبد عاجز عن نفقته لانه مشغول بالاجارة ولم تجب على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى، ويتخرج ان تنفسخ الاجارة كالصبي والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (واجارة العين تنقسم الى قسمين (أحدهما) أن تكون على مدة كاجارة الدار شهراً والارض عاما والعبد للخدمة أو للرعي مدة معلومة ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص)

تكون في الآدمي وغيره، فأما غير الآدمي فمثل اجارة الدار شهراً والارض عاما. وأما اجارة الآدمي فمثل أن يستأجر رجلا يبني معه يوما أو يخيط له شهراً فهذا يسمى الاجير الخاص لان المستأجر يختص بمنفعته في مدة الاجارة لايشاركه فيها غيره

﴿ مسئلة ﴾ (ويشترط أن تكون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وان طالت)

قال الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لان يد المستأجر حائلة تمنع التسليم الى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لايصح لان يد المستأجر انما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الامة المزوجة ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه، وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أجازه جاز وبطلت الاجارة وإن رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجازته كبيع الامة المزوجة. اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها إنما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه الا في وقته، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص

(فصل) فان اشتراها المستأجر صح البيع أيضا لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده

أما ضبطها بالشهر والسنة فلا نعلم فيه خلافا وإنما اشترط العلم بالمدة لأنها هي الضابطة فاشترط معرفتها كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ،فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية لأنها المعهودة قال الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه، فان قال هلالية كان توكيداً، وإن قال عددية أو سنة بالايام فهي ثلثمائة وستون يوما لان الشهر العددي ثلاثون يوما. وان استأجر سنة هلالية في أولها عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصاً لان الشهر الهلالي مابين هلالين ينقص مرة ويزيد أخرى. وكذلك إن كان العقد على أشهر دون السنة، وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أوفارسية أو قبطية وهما يعلمانها جاز وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وإن جهلا ذلك أو أحدهما لم يصح

(فصل) فان أجره إلى العيد انصرف الى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعل غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله. وقال القاضي: لابد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو من سنة كذا. وكذلك الحكم ان علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا. وان علقه بشهر مفرد كرجب فلابد أن يبينه من أي سنة، وإن علقه بيوم بينه من أي أسبوع ،وإن علقه بعيد من أعياد الكفار وهما يعلمانه صح وإلا لم يصح

(فصل) ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل يجوز أجرة العين مدة يغلب على الظن بقاء العين فيها

وهل تبطل الاجارة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصي له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره (والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل بملك العاقد للعين كالنكاح فانه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقي الاجر من الثمن

(فصل) وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة أو بقائها إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من ابيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابنين احدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة وما عليه من الاجر بينهما نصفين ، وإن كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركة أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه

وإن طالت . وهذا قول عامة أهل العلم، غير أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان (أحدهما) كما ذكرنا وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز أكثر من سنة لان الحاجة لا تدعو الى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة : وحكى القاضي في كتاب الخلاف عن ابن حامد ان أصحابنا اختلفوا في مدة الاجارة فمنهم من قال لا تجوز أكثر من سنة . واختاره ومنهم من قال الى ثلاثين سنة لان الغالب ان الاعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

ولنا قوله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام انه قال (على أن تأجرني ثماني حجج) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل . ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه

(فصل) اذا استأجر سنين لم يحتج الى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام احمد كما لو استأجر سنة لم يحتج الى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق، وكذلك لا يفتقر الى تقسيط أجر كل يوم اذا استأجر شهراً، ولان المنفعة كالاعيان في البيع، ولو اشتملت الصفقة على اعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا، وقال الشافعي في أحد قوليه يفتقر الى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يفتقر الى تقسيط الاجر على كل شهر مع الاحتمال الذي ذكروه

نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انقضت الاجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة واخذ عوضها من غيره

(فصل) وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين ، وإن كان المشتري أجنبيا فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر فاذا سقط العوض عاد اليه المعوض ولأن المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وانما استحقت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما اذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع اليه معوضها وهو المنفعة ولان منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح)

سواء كانت العين مشغولة وقت العقد اولم تكن وكذلك ان أجره شهر رجب في المحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ، ففيه قولان لانه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة قال ولا يجوز أن يكتري بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك

ولنا انها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم فانه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه ، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكتري فانه يصح مع ماذكروه . اذا ثبت هذا فان الاجارة ان كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكره لانها أحد طرفي العقد فاحتيج الى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي وبعض اصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي قال احمد في رواية اسماعيل ابن سعيد اذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام قال (على أن تأجرني ثماني حجج)لم يذكر ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قربة فاذا اطلقها وجب أن تلي السبب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قربة

ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت الى البائع للملك بغيرها ولانها مما لايجوز للزوج نقلها الى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) واذا وقعت الاجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو الركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل، وإن وجد بها عيبا فردها انفسخ العقد ولم يملك ابدالها لان العقد على معين فثبتت هذه الاحكام كما لو اشترى عينا، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فمتى سلم اليه عينا فتلفت لم تنفسخ الاجارة ولزم المؤجر ابدالها، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها، وإن وجد بها عيبا فردها فكذلك لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في ابطال العقد كما لو اشترى بثمن في الذمة على ماقرر في موضعه، فان قيل فقد قلتم من اكترى جملا ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اكترى أرضا لزرع شيء بعينه جازله زرع ماهو مثله أودونه في الضرر فلم قلتم اذا اكترى جملا بعينه لايجوز أن يبدله ؟ قلنا لان المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينا لايجوز أن يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه انما هو مستوف للمنفعة وانما نشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض

(فصل) اذا تمت الاجارة وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة وتحدث على ملكه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالولد والثمرة

ولنا ان الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص وقد ثبت أن المنفعة المستقبلة كان لمالك العين أن يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها كان المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت انها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فان المستأجر لايملك التصرف فيها قولهم إن المنفعة معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت مورداً للعقد والقدر لايرد إلا على موجود

﴿مسئلة﴾ (واذا أجره في اثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرها بالاهلة)

لانه تعذر اتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وامكن استيفاء ماعداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل وعنه يستوفي الجميع بالعدد لانها مدة يستوفي بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في اثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده ولابي حنيفة والشافعي كالروايتين، وكذلك الحكم في كل مايعتبر فيه الاشهر كعدة الوفاة وشهري صيام الكفارة

انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الاجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره اذا كان يقوم مقامه)

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ماجرت عادة الساكن به من الرحال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها مايضر بها مثل القصارين والحدادين لان ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا شيئا يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئا ثقيلا فوق سقف لانه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئا يضر بها الا أن يشترط ذلك، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا وانما كان كذلك لان له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكل وكيلا في قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل مايضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئا لم يملك أخذ أكثر منه فاما أن يجعل الدار مخزنا للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره ويحتمل أن لا يجوز لان ذلك يفضي إلى تحريق الفار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار

(فصل) واذا اكترى داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها وهذا قول

(فصل) ومن اكترى دابة الى العشاء فآخر المدة غروب الشمس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخره النصف الآخر من الزوال وكذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاة العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قوله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فيدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل، وما ذكروه لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفون غير ماذكرنا، فان اكتراها الى الليل فهو الى أوله وكذلك ان اكتراها الى النهار فهو الى أوله، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرنا في مدة الخيار، وان اكتراها نهاراً فهو الى غروب الشمس وان اكتراها ليلة فهي الى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم) ثم قال (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا

الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لايجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي لان السكنى تختلف ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه

ولنا أن الدار لاتكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه وماذكره لا يصح فان الضرر لايكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ماذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولازائر ولا غير من ذكره ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا اكترى المركوب

(فصل) واذا أكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه لانه يستوفي بعض مايستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه لايملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به . قال الشاعر :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ماكبروا فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت في هذه الامور بعد التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لايشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل)

(فصل) وان اكترى فسطاطا الى مكة ولم يقل متى اخرج فالكراء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

ولنا انها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى رأس السنة وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلا نمنع كونه دليلا

(القسم الثاني) إجارتها لعمل معلوم كاجارة الدابة للركوب الى موضع معين أو بقر لحرث مكان أو دياس زرع واستئجار عبد ليدله على طريق أو رحى لطحن قفزان معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لايختلف لان الاجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلوما لئلا يفضي الى الاختلاف والتنازع كثمن المبيع، والعلم بمقدار المنفعة إما أن يحصل بتقدير المدة كما ذكرنا في اجارة الدار وخدمة العبد مدة معلومة وإما بتقدير العمل ووصف مايعمله وضبطه بما لايختلف فيه كالمبيعات

(فصل) يجوز أن يكتري بقرا لحرث مكان لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت إني لم أخلق لهذا إنما خلقت للحرث » متفق عليه، ويحتاج الى معرفة الارض وتقدير العمل، فأما الارض فلا تعرف إلا بالمشاهدة فانها تختلف فتكون صلبة تتعب

(فصل) فان شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد و بطلان الشرط فانه قال فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا ، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أصحهما لا يبطله لانه لا يؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرا فألغي وبقي العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه فأشبه مالو شرط أن لا يستوفي المنافع

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد ابن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان بن عبدالرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه، ولانه عقد على مالم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والاول أصح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الاخرى لهذا الاصل. اذا ثبت فانه لايجوز

البقر والحراث وتكون فيها حجارة تتعلق فيها السكة وتكون رخوة يسهل حرثها ولا تنضبط بالصفة فتحتاج الى الرؤية. وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الارض كهذه القطعة أو من ههنا الى ههنا أو بالمساحة كجريب أو جريبين أو كذا ذراعا في كذا كل ذلك جائز لحصول العلم به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها بالقوة والضعف ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ويجوز استئجارها بآلتها وبدونها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ويجوز استئجار البقر وغيرها لدواس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة اشبهت الحرث ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان لان الغرض يختلف به فمنه ماروثه ظاهر ومنه نجس، ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه ومنفرداً كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو زرعا ولاصحاب الشافعي فيه وجه انه لايجوز لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان . ولنا انها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها اشبهت سائر المنافع المباحة وكالتي قبلها

(فصل) وان اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له كمن استأجر البقر للركوب أو الحمل أو الابل

إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لماتقدم، فأما اجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قولي الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان، والآخر يجوز وهو قول بعض الشافعية لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فاذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه عقد عليها قبل قبضها (والثاني) يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي، وأصلها بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة، وهل يصح من بائعه؟ على روايتين، فاما اجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجوز لان ذلك يؤدي إلى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق على الكراء فاذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهذا تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع، وماذكروه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين فاذا اشتراها استحق تسليمها، فان قيل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه

والحمير للحرث جاز لانها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالتي خلقت له، ولان مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيلها منها ولا يمتنع ذلك الا بمعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعة ولم يوجد شيء منها، وكثير من الناس يحملون على البقر ويركبونها وفي بعض البلاد يحرث على الابل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث ان شاء الله تعالى انه معظم نفعها ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها، واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لادارة الرحى ويفتقر لشيئين معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصفة لان عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها الى معرفته (الثاني) تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين أو بالطعام فيقول قفيزا أو قفيزين وذكر جنس المطحون ان كان يختلف لان منه مايسهل طحنه ومنه ما يشق، وان اكتراها لادارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلائه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض، وكذلك ان اكتراها للسقي بالغرب فلا بد من معرفته ولانه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة، يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الارض شديدة العطش لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيرويها

(فصل) ويجوز المستأجر إجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد ، وروي ذلك عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد انه ان أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة والا لم تجز الزيادة فان فعل تصدق بالزيادة روي هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه ربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن، ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه، ويخالف ما اذا عمل عملا فيها لان الربح في مقابلة العمل وعن أحمد رواية ثالثة ان أذن له المالك في الزيادة جاز والا لم يجز، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها في ربح مالم يضمن

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لايقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبز فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فانها لوفاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فان البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وههنا جائز في الجلة وتعليلهم بان الربح في مقابلة عمله ملغى بما اذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها في العادة

(فصل) ونقل الاثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ماأدري هي مسئلة فيها بعض الشيء قلت أليس كان الخياط أسهل عندك

اليسير، وان قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل الجواز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقي عليها ماء، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي فيها من راوية أو قرب أو جرار اما بالرؤية واما بالصفة، ويقدر العمل بالزمان أو بالعدد أو بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة المكان الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه ، وان قدره الى شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة مايستقي منه، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، فان اكتراها لبل تراب معروف جاز لانه يعلم بالعرف وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف وان وقع على عمل معين لم يحتج الى ذلك لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الما عليه لان منه ماروثه وجسمه طاهر كالخيل والبقر ومنه ما روثه نجس وفي جسمه اختلاف كالبغال فربما نجس يد المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فاحتيج الى معرفته

﴿ مسئلة ﴾ (يجوز استئجار رجل ليدله على طريق)

لان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الاريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلهما على الطريق الى المدينة

اذا قطع الثوب أو غيره اذا عمل في العمل شيئا قال اذا عمل عملا فهو أسهل ، قال النخعي لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكا أو ابرا أو يخيط فيها شيئا فان لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلا وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنيا على مذهبه في أن من استأجر شيئا لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه اذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، قال أحمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لايكون به بأسا اذا كان الوزن واحداً، فان كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير مايستحقه، فاذا اكترى دابة ليحمل عليها حديدا لم يحمل عليها قطنا لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر ، وإن اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكتراه ليركبه لم يجز أن يحمل عليه لان الراكب يعين الظهر بحركته، وإن اكتراه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيه ، وإن اكتراه ليركبه عريا لم يجز أن يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عريا لانه اذا ركب عليه من غير سرج

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح استئجار رحى لطحن قفزان معلومة)

ويحتاج الى معرفة جنس المطحون براً أو شعيراً أو ذرة أو غيره لان ذلك يختلف فمنه ما يسهل طحنه ومنه ما يعسر فاحتيج الى معرفته لتزول الجهالة

(فصل) يجوز استئجار كيال أو وزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبه قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لا نعلم فيه خلافا ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى رجل منا سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « زن وأرجح » رواه ابو داود

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليلازم غريما تستحق ملازمته وقد روي عن احمد انه كره ذلك وقال: غير هذا أعجب إلي وانما كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضييق على المسلم ولا يأمن ان يكون ظالما فيساعده على ظلمه وروي عنه انه قال لا بأس به لان الظاهر انه يحق فان الحاكم في الظاهر لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا للموكل فعله

(فصل) ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز التطوع بها فجاز الاستئجار عليها كالخدمة ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قدره بمدة نحو أن يستأجره شهرا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يحتج الى معرفة القدر وعليه الحفر في ذلك الشهر قليلا حفر او كثير

حمي ظهره فربما عقره ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه ؛ وإن اكترى دابة بسرج فركبها باكاف أثقل منه أو أضر لم يجز ، وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ماليس له فعله كان ضامناوعليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

(فصل) وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضر منها أو تخالف ضررها بأن تكون احداهما أحسن والاخرى أخوف لم يجز وإن كان مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب، ويقوى عندي أنه متى كان المكري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول إلى غيرها مثل من يكري جماله إلى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق لم يجز الذهاب بها إلى مصر ، ولو اكترى جماله جملة إلى بلد لم يجز للمستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى جهة أخرى وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكتري فانه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى اليه لم يجز وكما لو عين طريقا سهلا أو آمنا فأراد سلوك مايخالفه في ذلك

قال شيخنا ويفتقر إلى معرفة الارض التي يحفر فيها وقال بعض أصحابنا لا يحتاج إلى ذلك لان الغرض لا يختلف بذلك والاول أولى ان شاء الله تعالى لان الارض الصلبة يشق حفرها واللينة يسهل ، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لكونها تختلف بالسهولة والصلابة وذلك لا ينضبط بالصفة، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعرضه وعمقه لان العمل يختلف بذلك ،واذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد ، فان تهور تراب من جانبيها أوسقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولا يتضمن عقد الاجارة رفعه ،وان وصل الى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فان فسخ كان له الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل ، فيقال كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الاجر المسمى عليهما ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع ، لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وان نبع منه ما منعه من الحفر فهو كالصخرة على ماذكرنا

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ ينسخ له كتبا من الفقه والحديث والشعر المباح وسجلات نص عليه في رواية مثنى ابن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالاجر فلم ير به بأساء ولابد من التقدير بالمدة

(فصل) ويجوز أن يكتري قميصا ليلبسه لانه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت اجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعه في ذلك لان الاطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك ، وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه لانه العرف ويلبس القميص على ماجرت العادة به ولا يجوز أن يتزر به لانه يعتمد عليه فيشقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدي به لانه أخف ، ومن ملك شيئاً ملك ماهو أخف منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لانه استعمال لم تجر العادة به في القميص أشبه الاتزار به

(فصل) وإن استأجر أرضا صح لما تقدم ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لانها لا تنضبط بالصفة ، ولا يصح حتى يذكر له مايكترى له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصلح لهذا كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه ، فان قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما وأشبه مالو قال بعتك أحد هذين العبدين وإن قال لتزرعها ماشئت أو تغرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى اباحة هذين الشيئين نصح كما لو قال لتزرعها ماشئت ، ولان اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين ، وقوله لتزرعها ماشئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسين وله

أو العمل فان قدره بالعمل ذكر عدد الورق وقدره وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فان عرف الخط بالمشاهدة جاز وان أمكن ضبطه بالصفة ضبط ، والا فلا بد من المشاهدة لان الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر بأجزاء الفرع وبأجزاء الاصل ، وان قاطعه على نسخ الاصل بأجر واحد جاز فان أخطأ بالشيء اليسير عفي عنه لانه لا يمكن التحرز منه ، وان كان كثيراً بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل ليس له محادثة غيره حال النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك الاعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما ، ويجوز أن يستأجر على نسخ مصحف في قول أكثر أهل العلم ، منهم جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ويستكتبه مصحفا ، وكره علقمة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى ذلك مما يختص كون فاعله من أهل القربة فكره الاجر عليه كالصلاة

ولنا انه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجرة عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء في الخبر « احق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »

(فصل) يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه لا نعلم فيه خلافاً وكان ابراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز تقديره بمدة وبعمل مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي

أن يغرسها كلها ، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعا واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا

وان أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (احداهن) أكراها للزرع مطلقا أو قال لتزرعها ماشئت فانه يصح وله زرع ماشاء. وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر مايكترى له من زرع أو غرس أو بناء

ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الانواع لانها دونه فاذا عمم أو أطلق تناول الاكثر وكان له مادونه وبخالف الاجناس المختلفة فانه لا يدخل بعضها في بعض ، فان قيل فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب،قلنا لان اجارة المركوب لأكثر الركاب ضرراً لاتجوز بخلاف المزروع ولان الحيوان حرمة في نفسه فلم يجز اطلاق ذلك فيه بخلاف الارض ، فان قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم انه يجوز أن يزرعها مايضر بها ؟ قلنا السكنى لاتقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لان العقد لم يقتضيه والزرع يقتضي الضرر فاذا أطلق كان راضيا بأكثره فلهذا جاز وليس له أن يغرس في هذه الارض ولا يبني لان ضرره أكثر من المعقود عليه

(المسئلة الثانية) أكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه فان له زرع مايعينه وما ضرره كضرره أو

زرعه وتنقيته ودياسه ونقله الى موضع معين، ويجوز ان يستأجر رجلا يحتطب له لانه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليها وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الاجرة فان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، وظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله لقوله ان كان يدخل عليه ضرر رجع بالقيمة فاعتبر الضرر . وظاهر هذا انه اذا لم يستضر لايرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله فان ضر المستأجر رجع عليه بقيمة ما فوت عليه . ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لانه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي معناه انه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعها في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره

(فصل) يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس وما دونها ، وبه قال مالك والشافعي وأبوثور ، وقال أبوحنيفة لايجوز في النفس لان عدد الضربات يختلف وموضع الضربات غير متعين اذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولا

ولنا انه حق يجوز التوكيل في استيفائه لايختص فاعله أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار

دونه ولا يتعين ماعينه في قول عامة أهل العلم الا داود وأهل الظاهر فانهم قالوا لا يجوز له زرع غير ماعينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لانه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الارض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة اذا تسلم الارض وان لم يزرعها وانما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره ، وفارق المركوب والدراهم في الثمن فانهما معقود عليهما فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضا ولم يتعين ماقدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون

(المسئلة الثالثة) قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتي قبلها إلا أنه لا تخالف فيها لانه شرط مااقتضاه الاطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال

(المسئلة الرابعة) قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لانه ينافي مقتضى العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لانه لاضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان ماضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما اذا شرط مكتري الدار أنه لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها آخر في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

عليه كالقصاص في الطرف. وقوله ان عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب فان عدد الغرزات مجهول ، وقوله ان محله غير متعين ، قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخياطة من حاشية الثوب

(فصل) و يجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثيابا ، ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي ، وكرهه الثوري وحماد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، وتجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم فأشبه الخياط والقصار ، وان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل الف درهم شيئا معلوما صح أيضا ، وان قال كلما اشتريت ثوبا فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز ، وان لم تكن كذلك فظاهر كلام أحمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

(فصل) وان استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح معلوم تجوز النيابة فيه فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ، ولانه يجوز الاستئجار

(فصل) وإن أكراها للغراس ففيه ماذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منهما يضر بباطن الارض ، وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض ، وان أكراها للزرع لم يكن له الغرس ولا البناء لان ضرر الغرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لان ضررهما يخالف ضرره

(فصل) ولاتخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون لها ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أولا ينقطع إلا مدة لايؤثر في الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها ثم يسقى به أو من بئر يقوم بكفايتها أو مايشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ، وصح استئجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار ويكتفي بالمعتاد منه لان ذلك بحكم العادة ولا ينقطع الا نادراً فهو كسائر الصور المذكورة (الثاني) أن لايكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردا ومايشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكراها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لانها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا

عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم انه يتعذر ممنوع فان الثياب لاتنفك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فانه يتعذر ، وان استأجره على شراء ثياب معينة من رجل معين احتمل أن لا يصح لانه قد يتعذر لامتناع صاحبها من البيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر وإلا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشتري

« فصل » قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات السلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل الى موضع معين ولا يكون الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف، ويسمى الاجير المشترك)

يجوز للآدمي أن يؤجر نفسه بغير خلاف وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي الله عنه رجلا ليدلهما على الطريق ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه أشبه الدور ، ثم ان اجارته تقع على مدة بعينها وعمل بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه للرعي ، وتقع على عمل موصوف في الذمة كالسلم ، ومتى كان على عمل موصوف في الذمة لم يكن الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف لان الذمة لا تكون لغير الآدمي ولا تثبت المعاوضة لعمل في الذمة لغير جائز التصرف ، ولابد أن يكون العمل الذي يتعلق بالذمة مضبوطا بصفات السلم ليحصل العلم به

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الأرض الشاربة به كالشاربة من مياه الامطار ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة الى أوانها

(النوع الثاني) أن يكون مجيء الماء نادراً أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبة فهذه ان أجرها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضا لانه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إجارتها كذات الماء الدائم، وإن أجرها قبله للغرس أو الزرع لم يصح لانه يتعذر الزرع غالبا و يتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح إجارتها كالآبق والمغصوب، وإن اكتراها على أنها لا ماء لها جاز لانه تمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها، وله أن يزرعها رجاء الماء، وان حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لان ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها وليس له أن يبني و لا يغرس لان ذلك يراد للتأبيد وتقدير الاجارة بمدة تقتضي تفريغها عند انقضائها، فان قيل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة، قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة الا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا، وإن أطلق إجارة هذه الارض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لانهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شرطاه، وإن لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل

ويسمى الأجير فيها الاجير المشترك مثل الخياط الذي يتقبل الخياطة لجماعة وكذلك القصار ومن في معناه فتكون منفعته مشتركة بينهم

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم، وعنه يجوز)

لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أو تبني هذه الدار في شهر وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيد الاجارة غرراً لا حاجة اليه لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد وان لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة، فهذا غرر قد أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه: وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست قال قد أضر به فقيل يرجع عليه بالقيمة؟ قال لا ويصالحه، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعا وهو قول أبي يوسف ومحمد لان الاجارة معقودة على العمل فالمدة انما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك، فعلى هذا اذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله، وان مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الاجارة لان الاجير لم يف له بشرطه، فان رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لان الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة

ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصح العقد مع الاطلاق وإن علم بحالها لأن اطلاق كراء الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم او الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكترى أرضا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لان الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لان المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجز اجارتها لانها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المكتري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي لان التالف غير المعقود عليه وانما تلف مال المكتري فيه فأشبه من اكترى دكانا فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فالاجر لازم له لان تعذره

له الى الفسخ كما لو تعذر المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ وملكه المسلم ، فان اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه وأن فسخ العقد قبل العمل سقط الاجر والعمل ، وان كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل لان العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع الى أجر المثل

﴿ مسألة ﴾ (ولا تجوز الاجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كالحج والاذان ، وعنه تجوز)

معنى قوله يختص فاعله أن يكون من أهل القربة أنه يكون مسلما ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الاستئجار على عمل يختص فاعله أن يكون مسلما كالامامة والحج والاذان وتعليم القرآن فروي عنه انها لا تصح وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري ، وكره إسحاق تعليم القرآن بأجر ، قال عبدالله بن شقيق : هذه الرغفان التي يأخذها المعلمون من السحت ، وكره أجر المعلم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي ، وعن أحمد رواية أخرى انه يجوز حكاها أبو الخطاب ، ونقل أبو طالب عن احمد انه قال : التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ، ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله بأمانات الناس التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكراهة لا التحريم

لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين ، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الارض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار لانه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلفه بمباشرة ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لانه عيب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الماء ، وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به

(فصل) واذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالاجر لما زاد على المدة لانه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه ، وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض ، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس مذهبنا ماذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعا ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فانه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الثاني قالوا يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

وممن أجاز ذلك مالك والشافعي ، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لان رسول الله ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه ، فاذا جاز تعليم القرآن عوضا في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة . وقال رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » حديث صحيح ، وفي حديث أبي سعيد أن رجلا رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه فقال « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » حديث صحيح . وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه في معناه ، ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد ولان الحاجة تدعو الى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الاجر فيه

ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال إن آخر ماعهد إلي رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً . قال الترمذي هذا حديث حسن .وروى عبادة بن الصامت قال

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره باذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضا فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم إنه مفرط غير صحيح لان هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الاجر بغير فائدة و تضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في الاجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فان زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال اذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة

(فصل) وإذا اكترى الارض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل ان يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فان شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لا يفضي إلى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لاخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما التزم، وان أطلق العقد ولم يشترط شيئا احتمل أن يصح لان الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن، واحتمل أنه ان أمكن أن ينتفع بالارض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيرا يأخذه قصيلا صح العقد لان الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن، وإن لم يكن كذلك لم يصح لانه اكترى

علمت أناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوسا قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وقص عليه القصة قال « ان سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب أنه علم رجلا سورة من القرآن فاهدى له خميصة أو ثوبا فذكر ذلك النبي ﷺ فقال « لو انك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار » وعن أبي قال: كنت أختلف الى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمي طعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه، وان كان يتحفك به فلا تأكله » وعن عبدالرحمن بن شبل الانصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة الى الله تعالى فلم يجز أخذ الاجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح . فاما الاخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا بأس، وذكر حديث أبي سعيد، والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الاجر عليها والجعالة أوسع من الاجارة ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة وقوله عليه السلام « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » يعني الجعل أيضاً في الرقية لانه ذكر ذلك في سياق خبر

للزرع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له، فان قلنا يصح فان انقضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لانه ههنا مفرط، واحتمل أن يلزم المكري تركه بالاجر لان التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها، وان شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لانه جمع بين متضادين فان تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كالتي تقدمت

(فصل) اذا أجره للغراس سنة صح لانه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يغرس قبل انقضاء المدة فاذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده، فاذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الارض غرامة نقصه ولا على المكري تسوية الحفر وإصلاح الارض لانهما دخلا على هذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه، وان اتفقا على ابقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرطا مدة معلومة، وكذلك لو اكترى الارض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر جاز، وان أطلق العقد فللمكتري القلع لان الغرس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه، وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة ههنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في الارض تصرفا نقصها لم

الرقية، وأما جعل تعليم القرآن صداقا فمنه فيه اختلاف، وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق انما قال «زوجتكها بما معك من القرآن» فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق اكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على اسلامه ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والاجر أن المهر ليس بعوض محض وانما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره

(فصل) فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال من مصالح المسلمين فاذا كان بذله لمن يتعدى نفعه الى المسلمين محتاجا اليه كان من المصالح وكان له أخذه لانه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر

(فصل) فان أعطى المعلم شيئا من غير شرط جاز في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية أيوب ابن سافرى لا يطالب ولا يشارط فان أعطي شيئا أخذه، وقال في رواية أحمد بن سعيد أكره أجر المعلم اذا شرط، وقال اذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا ان أتاه شيء قبله كانه يراه أهون، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة التي أعطيها أبي وعبادة من غير شرط، ولان ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنه بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام. ووجه الاول قول النبي ﷺ «ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذه وتموله فانه رزق ساقه الله اليك» وقد أرخص رسول الله ﷺ في أكل طعام الذي كان يعلمه اذا كان طعامه وطعام أهله ولانه اذا

يقتضه عقد الاجارة ، وان أبى القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ولانه غرس باذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فانه لا يقتضي التأبيد ، فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده ، قلنا انما اقتضى التأبيد من حيث ان العادة في الغراس التبقية فاذا أطلقه حمل على العادة واذا شرط خلافه جاز كما اذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة شرطاً يخالف العادة . اذا ثبت هذا فان رب الارض مخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ارش نقصه (الثالث) أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل وبهذا قال الشافعي، وقال مالك يخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين وليس بصحيح لان الغراس ملك لغارسه لم يدفع اليه عنه عوض ولا رضي بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وإن اتفقا على بيع الغراس والبناء للمالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم

كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً، فأما حديث القوس والخميصة فقضيتان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك ، فاما ان أعطي المعلم أجراً على تعليم الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : ان كان المعطي ينوي أنه يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا؛ ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه ، وهكذا لو كان امام المسجد قيماً يكنسه ويسرج قناديله ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته، أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويحج عن قريبه فدفع اليه أجراً لخدمته جاز ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر وشبهه وبناء المساجد والقناطر فيجوز أخذ الاجرة عليه لانه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث ذكره شيخنا ، وذكر القاضي في الخلاف أنهما من القسم الاول ، والاولى ما ذكره شيخنا لكون فاعله لا يختص أن يكون من أهل القربة ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه وحجه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجرة عليه بغير خلاف لان الاجر عوض للانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه إجارة الاعيان التي لا نفع فيها

فيهما مقام البائع ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ليس له بيعهما لغير مالك الارض لان ملكه ضعيف بدليل أن اصاحب الارض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه

ولنا أنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الارض فجاز لغيره كشقص مشفوع وبهذا يبطل ماذكروه فان للشفيع تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما ان شرط في العقد تبقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم مالو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ويحتمل أن يبطل العقد لانه شرط ماينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ، ولان الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروي عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها اختارها القاضي وهذا مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وانما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع لان

﴿ مسئلة ﴾ (وان استأجر من يحجمه صح ، ويكره للحر أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبهائم ، وقال القاضي لا يصح)

يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه وأجره مباح اختاره أبو الخطاب وهو قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يجوز وذكر أن أحمد نص عليه قال وان أعطي شيئا من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دابته وطعم عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل أكله وممن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » متفق عليه وقال أطعمه ناضحك ورقيقك

ولنا ماروى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطه متفق عليه ، وفي لفظ ولو علمه خبيثا لم يعطه ولانها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليها كالختان ولان بالناس حاجة اليها ولا يجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع ولان قول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على اباحته اذ غير جائز أن يطعم رقيقه مايحرم أكله فان الرقيق آدمي يحرم عليه أكل ماحرم على الحر وتخصيص ذلك بما

الله تعالى قال(وعلى الوارث مثل ذلك والوارث ليس بزوج ، ولان المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك ، وروي عنه رواية ثالثة لايجوز ذلك بحال لافي الظئر ولا في غيرها، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ماروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى قال « ان موسى آجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم اذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا ، ولان من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له نكير فكان اجماعا ، ولانه قد ثبت في الظئر بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ولان للكسوة عرفا وهي كسوة الزوجات وللاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كنقد البلد ونخص أبا حنيفة بأن ماكان عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالاثمان . اذا ثبت هـذا فانهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، قال أحمد اذا تشاحا في الطعام يحكم له بمد كل

أعطيه من غير استئجار تحكم لادليل عليه ، فعلى هذا تسمية كسبه خبيثا لايلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما وانما كره النبي ﷺ ذلك للحر تنزيها له لدناءة صناعته وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا استئجاره عليها وانما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه ، وقال « أعلفه الناضح والرقيق » هذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ على مابينا ، فان إعطاءه للحجام دليل اباحته اذ لايعطيه مايحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها؟ فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عن أكله نهي كراهة لانهي تحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله بل قصد اتباعه، وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل قولهم على الكراهة فلا يكون في المسئلة قائل بالتحريم. اذا ثبت هذا فانه يكره للحر أكل أجرة الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لماذكرنا من الاخبار ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح ، وفيما ذكرناه إن شاء الله جمع بين الاخبار وتوفيق بين الادلة الدالة عليها فعلى هذا يطعمه الرقيق والبهائم كما جاء في الاخبار الصحيحة والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يريد بالحجامة كما نهى عن مهر البغي

يوم ذهب به إلى ظاهر ماأمر الله تعالى من اطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ولان الاطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له اطعام الاجير إلا مايوافقه من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) وإن شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع وإن لم يشترط طعاما ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت، وإن شرط الأجير طعام غيره وكسوته موصوفا جاز لانه معلوم أشبه مالو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للاجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفا لم يجز لان ذلك مجهول احتمل فيما اذا شرطه للاجير للحاجة اليه وجرت العادة به فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفا فيجوز

(فصل) وإن استغنى الاجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أوغيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانها عوض فلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لانه لم يشترط له الاطعام إلا صحيحا لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الاجير مايصلح لان مازاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالزائد في القدر

أي في البغاء، ولذلك لو كسب في بضاعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي يخالف القياس فيختص بالمحل الذي ورد فيه ولان هذه الامور تدعو الحاجة اليها ، ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويقدر على ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط ويحتاج الى بيان عدد ما يكحله في كل يوم مرة أومرتين فان قدرها بالبرء فقال القاضي لا يجوز لانه غير معلوم ، وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء ، قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز ذلك لكن يكون جعالة لا إجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم والجعالة تجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية انما كان جعالة فيجوز ههنا مثله. اذا ثبت هذا فان الكحل ان كان من العليل جاز لان آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها وان شرطه على الكحال جاز، وقال القاضي يحتمل أن لا يجوز لان الاعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا ان العادة جارية به ويشق على العامل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والحبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذين الاصلين، وفارق لبن الحائط لان العادة تحصيل

(فصل) اذا دفع اليه طعامه فأحب الاجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فان كان المؤجر دفع اليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بان يضعف عن العمل أو يقل ابن الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه اياه وانما أباحه أكل قدر حاجته ، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته فمنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع اليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع اليه أكثر وملكه اياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لانه حق لاضرر على المؤجر فيه فأشبه الدراهم

(فصل) وإن قدم اليه طعاما فنهب أو تلف قبل أكله نظرت فان كان على مائدة لايخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لانه لم يسلمه اليه فكان تلفه من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه اليه فهو من ضمان الاجير لانه تسليم عوض على وجه التمليك أشبه البيع

(فصل) اذا دفع إلى رجل ثوبا وقال بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم

ولنا ماروى عطاء عن ابن عباس أنه كان لايرى بأسا أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ولأنها عين تنمي بالعمل

المستأجر إياه ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجر من يبني له جداراً والآجر من عنده لانه اشترى ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان معروفا جاز كما لو استأجره ليصبغ له ثوبا والصبغ من عنده

ولنا ان عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط بيع العين صار كبيعتين في بيعة ويفارق الصبغ من حيث ان الحاجة داعية اليه ، لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في خنب يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لمسيس الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فان برأت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لتعذر العمل فهو كما لو حجز عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع عن الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شارطه على البرء فهي جعالة لا يستحق شيئا حتى يوجد البرء سواء وجد قريبا أو بعيداً فان بريء بغير كحله أو تعذر الكحل

فيها أشبه دفع مال المضاربة . اذا ثبت هذا فان باعه بزيادة فهي له لانه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة ههنا فهو كالمضارب اذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لانه وكيل مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقا وهذا قد مضى مثله في الوكالة ، وإن باعه نسيئة لم يصح البيع لان اطلاق البيع يقتضي النقد لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لانه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة وههنا لافائدة لرب المال في الربح بحال ، ولان مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر وههنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد في رواية الاثرم ليس له شيء يعني اذا زاد على العشرة لان الاطلاق انما اقتضى بيعها حالا ، فاذا باعها نسيئة فلم يمتثل الامر فلم يستحق شيئا

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة انما جاز ههنا لانه اذا شاهده فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوما ، واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة لانه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه وههنا يكون أقل منه ضرورة

لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد فان امتنع لامر من جهة الكحال أو غير المستأجر فلا شيء له وان فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله وان فسخ الكحال فلا شيء له على ما يذكر في باب الجعالة ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح ان يستأجر طبيبا لمداواته والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء لانه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لانه انما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به ولم يوجد ذلك المعنى ههنا فيثبت الحكم فيه على وفق الاصل

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز ذلك عليها كالختان فان أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لانه من جنايته وان برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء الآدمي محرم في الاصل وإنما أبيح اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلا لذلك فصاحب الضرس أعلم بمضرته ونفعه وقدر ألمه

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله فاذا اكترى داراً للسكنى فله أن يسكنها مثله لانه لم يزد على استيفاء حقه ولانه حقه فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله في الضرر أو دونه كقبض المبيع واستيفاء الدين ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحل

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الظئر)

يعني انه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم ،ولان الحاجة تدعو اليه فوق دعائها إلى غيره فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالاجارة في سائر المنافع ثم ننظر فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز ، وان أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولها (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق على ماجرى به العرف والعادة ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(والحضانة) تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير لبيضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر

(فصل) ويشترط لهذا العقد أربعة شروط (أحدها) أن تكون مدة الرضاع معلومة لانه لا يمكن

والطعام ويخزن فيه الثياب وغيرها مما لا يضر بها ولا يسكنها من يضر بها كالقصارين والحدادين ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها ،ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا ما يضر بها ولا شيئا ثقيلا فوق سقف لانه يثقله وقد يكسر خشبه فان شرط ذلك جاز وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ولا يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئا لم يملك أخذ أكثر منه فان جعل الدار مخزنا للطعام فقال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره ويحتمل أن لا يجوز لانه يفضي إلى تخريق الفار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار

(فصل) وان اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فكان له أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه وله استيفاء أقل منه لانه بعض حقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب يثقل على المركوب ويضر به قال الشاعر

لم يركبوا الخيل إلا بعدما كبروا فهم ثقال على أكفالها عنف

تقديره إلا بها فان السقي والعمل فيهـا يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته ، وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليهـا في بيته ويسهل عليهافي بيتها (الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق

(فصل) واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقيل هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه تبع كالصبغ في اجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار لان اللبن عين من الاعيان فلايعقدعليهفي الاجارة كلبن غير الآدمي وقيل هو اللبن ، قال القاضي هو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ،ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الاجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتبا على الارضاع فيدل على أنه المعقود عليه ، ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها ، وأما كونه عينا فانما جاز العقد عليه في الاجارة رخصة لان غيره لايقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وانما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى ابقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب مايدر به لبنها ويصلح به وللمكتري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي ومتى لم ترضعه وانما أسقته لبن الغنم أو أطعمته

ولنا أن التفاوت في هذه الامور مع التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

(فصل) فان شرط أن لا يستوفى المنفعة بمثله ولا بمن دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانهـم قالوا فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها يبطل الشرط ويصح العقد،ويحتمل أن يصح الشرط وهو أحد الوجهين للشافعية لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا ولا يبطل به العقد في أصح الوجهين لانه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضراً فألغي وبطل العقد على مقتضاه والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه أشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

﴿ مسئلة ﴾ (وله استيفاء المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها)

قال احمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس اذا كان الوزن واحداً وان كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه

فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه فأشبه مالو اكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه ، وان دفعته الى خادمتها فأرضعته فكذلك ، وبه قال أبو ثور وقال أصحاب الرأي لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

ولنا أنها لم ترضعه فأشبه مالو سقته لبن الغنم ، وإن اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع فالقول قولها لانها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه إجارتها للخدمة ، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها لان نفعها لسيدها وان كان لها ولد لم تجز إجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها وليس لسيدها إلا مافضل عنه ، وان كانت مزوجة لم تجز إجارتها لذلك إلا باذنه لانه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بارضاع الصبي وحضانته ، فان أجرها للارضاع ثم زوجها صح النكاح ولا ينفسخ عقد الاجارة ويكون للزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه ، وليس للسيد اجارة مكاتبته لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا إجارتها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

﴿مسألة﴾ (فاذا استأجر أرضا لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه وليس له زرع الدخن ونحوه ولا يملك الغرس ولا البناء ولو اكتراها لاحدهما لم يملك الآخر)

وجملة ذلك ان اجارة الارض صحيحة وقد ذكرناه ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لكونها لا تنضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصلح لذلك كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه فان قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما لانه أشبه ما لو قال بعتك أحد هذين العبدين، فان قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لايدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت ولان اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين، وقوله لتزرعها ما شئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسين وله أن يغرسها كلها وأن يزرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرعها نوعا واحداً وزرعها جميعها من نوعين وكذلك ههنا

(فصل) فان اكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (احداهن) اكراها للزرع مطلقا أو قال لتزرع ما شئت فيصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنتـه لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه لغير خلاف ، وان استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الخرقي فقال وان أرادت الام أن ترضعه بأجر مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي ليس لها ذلك وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر ، وهذا قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك

ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل انه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كثمن مالها . وقولهم أنها استحقت عوض الحبس والاستمتاع ، قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعـة من وجه لا يمنع استحقاق منفعـة سواها بعوض آخر كما لو استأجرها أولا ثم تزوجها ، وتأويل القاضي كلام الخرقي يخالف الظاهر من وجهين (أحدهما) ان الالف واللام في الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل (والثاني) انها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع الا باذن زوجها نفسد التأويل

(فصل) وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين

حتى يبين الزرع لان ضرره مختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء

ولنا أنه يجوز استئجارها لا كثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الانواع لأنها دونه فاذا عمم أو أطلق تناول الا كثر وكان له ما دونه، ويخالف الاجناس المختلفة فانه لا يدخل بعضها في بعض ، فان قيل فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب قلنا لان اجارة المركوب لا كثر الركاب ضررا لا تجوز بخلاف المزروع ولان الحيوان حرمة في نفسة فلم يجز اطلاق ذلك فيه بخلاف الارض ، فان قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقا لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم انه يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لان العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر فاذا أطلق كان راضيا بأ كثره فلهذا جاز، وليس له أن يغرس في هذه الارض ولا يبني لان ضرره أكثر من المعقود عليه (المسئلة الثانية) اكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه فان له زرع ما عينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم الا أهل الظاهر فانهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز أن يزرع بيضاء لانه عينـه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعـة الارض دون القمح ولهذا يستقر عليه الاجر بمضي المدة اذا تسلم الارض ولم يزرعها وانما ذكر القمح لتقدر به المنفعـة فلم يتعين كما لو استأجر دارا ليسكنها فله أن

ولنا انه هلك المعقود عليه أشبه مالو هلكت البهيمة المستأجرة ، وان مات الطفل انفسخ العقد لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لايمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقي

﴿ مسئلة ﴾ (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر اذا كان المسترضع موسراً)

يعني بالخبر ماروى أبو داود باسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يارسول الله مايذهب عني مذمة الرضاع؟ قال « الغرة العبد أو الامة » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، قال ابن الجوزي . المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم ، قال ابن عقيل انما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها لان فعلها في إرضاعه وحضانته سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة ليناسب مابين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أماً فقال تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيعتقه » وان كانت المرضعة مملوكة استحب إعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل

يسكنها غيره ، ويفارق المركوب والدراهم في الثمن فانه معقود عليها فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضا ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون ، فعلى هذا يجوز له زرع القمح والشعير والباقلا لانه أقل ضررا وليس له زرع الدخن والذرة والقطن لانه اما أن يكون أكثر ضرراً فيأخذ فوق حقه أو يكون ضرره مخالفا لضرر القمح فيأخذ ما لم يتناوله العقد ولا شيئا من جنسه (المسئلة الثالثة) قال ازرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتي قبلها إلا أنه لا يخالف فيها لانه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك بصريح نصه فزال الاشكال (المسئلة الرابعة) قال ازرعها حنطة ولا تزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لمنافاته مقتضى العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لانه لاضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان ما ضرره مثله لا يختلف في غرض المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه وقد ذكرنا فيما اذا اشترط مكتري الدار أن لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

(فصل) فان أكراها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منهما يضر بباطن الارض وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض وان اكتراها للزرع لم يملك الغراس ولا البناء لان ضرر الغرس أكثر

به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اكترى دابة الى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز وان تلفت فعليه أيضا قيمتها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين [أحدهما] في الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل للزائد نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ذكر القاضي ذلك ، وروى الاثرم باسناده عن أبي الزناد انه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأيا فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة: ان من اكترى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواه فان الدابة ان سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وان تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكاراها به وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لان المنافع عندهما لا تضمن في الغصب ، وحكي عن مالك انه إذا تجاوز بها الى مسافة بعيدة يخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعد بامساكها حابس لها عن أسواقها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

وضرر البناء مخالف لضرره ، وان اكتراها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لان ضررهما يخالف ضرره

(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون لها ماء دائم اما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع الا مدة لا تؤثر في الزرع أو من عين تنبع أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها الماء ثم تسقى به أو من بئر يقوم بكفايتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ويصح استئجاره للغرس والزرع وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار ويكتفي بالمعتاد منها لان ذلك بحكم العادة لا تنقطع الا نادرا فهي كسائر الصور المذكورة (والثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدها) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي وقت الحاجة كارض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردا وما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فتصح اجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكراها بعد الزيادة صح ولا تصح قبلها لانها معدومة لا يعلم هل يقدر عليها أولا

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت اجارة الارض الشاربة منه كالشاربة من مياه الامطار ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة الى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيء الماء نادرا أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها الا المطر الشديد الكثير الذي يندر

﴿ الفصل الثاني في الضمان ﴾

ظاهر كلام الخرقي وجوب قيمتها اذا تلفت به سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة اذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه مالو تلفت بعد مدة التعدي وان تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه مالو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكتري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها، فأما اذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها

وجوده أو يكون شربها من فيض ماء وجوده نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبة فهذه ان أجرها بعد وجود ما يسقيها به صح لانه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت اجارتها كذات الماء الدائم، وان أجرها قبله لم يصح لانه يتعذر الزرع غالبا أو يتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح اجارتها كالآبق والمغصوب، وان اكتراها على أنها لا ماء لها جاز لانه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها وله أن يزرعها رجاء الماء وان حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لان ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها، وليس له أن يبني ولا يغرس لان ذلك يراد للتأبيد وتقدير الاجارة بمدة يقتضي تفريغها عند انقضائها، فان قيل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة؟ قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة الا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا، وان أطلق اجارة هذه الارض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لانهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه مالو شرطاه، وان لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري انه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد لانه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها وقيل لا يصح العقد على الاطلاق وان علم حالها لان اطلاق كراء الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير

لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة وكذلك اذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل انهما لو تنازعاداية أحدهما راكبها أو له عليها حمل والاخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ولان الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جلس الى انسان فخرق ثيابه وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن القى حجراً في سفينة موقرة فغرقها ، فاما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر فان كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب وان تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لانها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان ، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه مالو تلفت بجراحتين يبطل بما اذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منهما ، وفارق ما اذا جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها الى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي . وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها

ولنا انها يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها الا باذن جديد ولم يوجد ، وماذكروه في الوديعة لا نسلمه الا أن يردها الى مالكها أو يجدد له اذنا

دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وان اكترى أرضا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لان الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا، وان كان ينحسر عنها وقت الحاجة الى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح لان المقصود يتحقق بحكم العادة المستمرة، فان كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم تجز اجارتها لانها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى زرع فغرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكتري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي، لان التالف غير المعقود عليه وانما تلف مال المكتري فيه فأشبه من اكترى دكانا فاحترق متاعه فيه ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وان تعذر ذلك لزمه الاجر لان تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين، وان تعذر الزرع بسبب غرق الارض وانقطاع مائها فللمستأجر الخيار لانه لمعنى في العين، وان تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلف بمباشرة ولا سبب، وان قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لانه عيب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض الى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته الى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك ان اكترى لحمولة شيء فزاد عليه)

وجملة ذلك أن من اكتري لحمل شيء فزاد عليه، مثل أن يكتري بها لحمل قفيز بن فحمل ثلاثة فحكمه حكم من اكترى الى موضع فجاوزه الى سواء في وجوب الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت هذا قول الشافعي وحكى القاضي ان قول أبي بكر في هذه المسئلة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضا ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لانه عدل عن المعقود عليه الى غيره فأشبه ما لو استأجر أرضا فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسئلة الخرقي ومسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من احدى المسئلتين الى الاخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقا ظاهراً فان الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما رقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحمل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسئلة بما اذا اكترى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ولانه في مسئلة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب، فأما مسئلة الزرع فيما اذا اكترى أرضا لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في

حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الماء وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو تسوء حالته به

﴿ مسئلة ﴾ (وان اكترى دابة للركوب او الحمل لم يملك الآخر، وان اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك الآخر)

اذا اكترى دابة للركوب لم يملك الحمل عليها لان الراكب يعين الظهر بحركته، وان اكتراها ليحمل عليها فليس له ركوبها لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيها، وان اكتراها ليركبها عريا لم يجز أن يركب بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكتراها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عريا لان الركوب بغير سرج يحمى به الظهر فربما عقرها، وان اكتراها ليركب بسرج لم يجز أن يركب بأثقل منه فان اكترى حماراً بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون ان كان أثقل من سرجه، وإن اكترى دابة بسرج فركبها بأثقل منه أو أضر منه لم يجز، وان كان أخف أو أقل ضرراً فلا بأس، وإن اكترى دابة ليحمل عليها حديداً لم يحمل عليها قطنا لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكتراها لحمل القطن فليس له حمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق ويكثر ضرره ومتى فعل ماليس له فعله كان ضامنا وعليه أجر المثل وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

رواية عبد الله فقال ينظر مايدخل على الارض من النقصان مابين الحنطة والشعير فيعطي رب الارض فجعل هذه المسئلة كمسئلتي الخرقي في ايجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فاذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه مالو اكتراها الى موضع فجاوزه ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه فان الحنطة ليست شعيراً وزيادة وان قلنا انه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتي الخرقي ، وقال الشافعي المكتري مخير بين أخذ الكراء وما نقصت الارض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لان هذه المسئلة أخذت شبها من أصلين

(أحدهما) اذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) اذا استأجر أرضا فزرع غيرها لانه زرع متعديا فلهذا خيره بينهما، ولانه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره الى المستحق كقتل العمد، ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا يملك رب الارض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته اذا زرعه، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فانه غير متعد بالجميع انما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع، ونظير هاتين المسئلتين من اكترى غرفة ليجعل

(فصل) وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فاراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر وهي أضر منها أو يخالف ضررها ضررها بأن تكون إحداهما أخوف والاخرى أخشن لم يجز وان كانت مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى كان للمكتري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول الى غيرها مثل من يكري جماله إلى مكة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق فليس له الذهاب إلى مصر ، ولو أكرى جمالا جملة الى بلد لم يجز التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى غيرها وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكتري فانه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى اليه لم يجز وكما لو عين طريقا سهلا أو آمنا فأراد سلوك مايخالفه في ذلك

(فصل) إذا اكترى قميصاً ليلبسه جاز لان الانتفاع به ممكن مع بقاء عينه ويجوز بيعه أشبه العقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة فان كانت العادة في بلده نزع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعه لان الاطلاق يحمل على العادة وله لبسه فيما سوى ذلك ولا يلزمه نزعه إذا نام نهاراً لانه العرف ويلبس القميص على ماجرت العادة به لا أن يتزر به لانه يعتمد عليه فيشقه ، وفي اللبس لا يعتمد ويجوز

فيها أقفزة حنطة فترك فيها أكثر منها ، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الاولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ماقلنا في مسئلة الزرع،وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فان زرع فرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين أخذه ودفع النفقة وان لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجرة لاغير على ماذكرنا في باب الغصب

(فصل) وان اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسئلة الزرع يخرج فيها وجهان قياس المنصوص عن أحمد أن له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لاتتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ولانه متعد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فانه انما يمنعه الزيادة لاغير ، وإن اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لحمل حديد فحمل قطنا فالصحيح ان عليه أجر المثل ههنا لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الارض فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ماقبلها من المسائل، وسائر مسائل العدوان في الاجارة يقاس على ماذكرنا من المسائل ما كان متميزاً أو مالم يكن متميزاً فتلحق كل مسئلة بنظيرتها والله أعلم

(فصل) اذا أكراه لحمل قفيزين فحملها فوجدها ثلاثة فان كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم

الارتداء به لانه أخف من اللبس ومن ملك شيئاً ملك ماهو أخف منه وقيل لايجوز لانه استعمال له بمالا تجري العادة به في القميص أشبه الاتزار به والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن فعل ماليس له فعله فعليه أجر المثل) لانه استوفى منفعة غير التي عقد عليها لا يجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اكتراها لحمولة شيء فزاده أو إلى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد ، وقال أبو بكر عليه أجرة المثل للجميع)

وجملة ذلك أن من اكترى دابة لحمولة شيء فزاد عليه كمن اكترى لحمل قفيزين فحمل ثلاثة أو إلى موضع فجاوزه مثل أن يكتريها من دمشق إلى القدس فيركبها إلى مصر وجب عليه الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد وضمانها ان تلفت وهذا مذهب الشافعي ونص عليه أحمد فيما إذا استأجرها إلى موضع فجاوزه واليه ذهب ابن شبرمة والحكم ، والظاهر من قول الفقهاء السبعة ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لان منافع الغصب غير مضمونة عندهما ، وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعد بامساكها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وماذكروه تحكم

المكري بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وإن كان المكري تولى كيله وتعبيته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لاأجر له في حمل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لانها تلفت بعدوان صاحبها وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكري والمكتري فهو متعد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكتري ووضعه المكري على ظهر البهيمة لاضمان على المكتري لان المكري مفرط في حمله

ولنا أن التدليس ليس من المكتري اذ أخبره بكيلها على خلاف ماهو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها، فأما إن كالها المكتري ورفعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكتري دابته اذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير، وهل له أجر القفيز الزائد؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لا أجر له لان المكتري لم يجعل له على ذلك أجرا (والثاني) له أجر الزائد لانهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه اذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن

لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وسيأتي الكلام مع أبي حنيفة في باب الغصب إن شاء الله وحكى القاضي أن قول أبي بكر فيما إذا اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وجوب أجر المثل الجميع آخذاً من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ان عليه أجر المثل للجميع لانه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه مالو استأجر أرضا فزرع أخرى فجمع القاضي بين مسئلة الخرقي ومسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسئلتين إلى الاخرى لتساويهما في أن الزيادة لاتتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقا ظاهراً فان الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ماوقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحمل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل الحاق هذه المسئلة بما اذا اكترى إلى مسافة فزاد عليها أشد وشبهها بها أشد لانه في مسئلة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب

(فصل) فاما مسئلة الزرع فيما إذا اكترى لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبد الله فقال: ينظر مايدخل على الارض من النقصان مابين الحنطة والشعير فيعطى رب الارض فجعل هذه المسئلة كمسئلتي الخرقي في إيجاب المسمى وأجر المثل الزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين

كاله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وان حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يجوز أن يكتري مدة غزاته)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك قد عرف وجه ذلك وارجو أن يكون حقيقا . ولنا أن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كما لو اكراها لمدة سفره في تجارته ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فان فعل ذلك فله أجر المثل لانه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان سمى لكل يوم شيئا معلوما فجائز)

وجملته ان من اكترى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم فالمنصوص عن أحمد صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد لان مدة الاجارة مجهولة

ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال أجرتكها شهراً كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك

ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ولهذا قلنا له زرع مثله وماهو دونه في الضرر فاذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه مالو اكتراها إلى موضع فجاوزه ، وقد ذكرنا قول أبي بكر ان له أجر المثل لانه عدل عن المعقود فان الحنطة ليست بشعير وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتي الخرقي ، وقال الشافعي المكري مخير بين أخذ الكراء وما نقصت الارض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لان هذه المسئلة أخذت شبهاً من أصلين (أحدهما) إذا ركب دابة فجاوز بها المسافة المشترطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضا فزرع غيرها لانه زرع متعديا فلهذا خيره بينهما ولانه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ، والاولى إن شاء الله قول أبي بكر فان هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا ملك رب الارض منعه من زرعه وملك أخذه بنفقته اذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة في كونه لم يتعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة فقط ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفزة حنطة فجعل أكثر منها ومن اكتراها ليجعل فيها قنطار قطن فجعل فيها قنطار حديد ففي الاولى له المسمى وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف كقولنا في مسئلة الزرع وحكم المستأجر الذي زرع أضر مما اكترى له

لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ،ولابد من تعيين ما يستأجر له إما ار كوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقيمة أو سائرة لان المنافع ذهبت في مدته فأشبه مالو اكترى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وان أجر نفسه ليسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للاثر الوارد فيه ولان كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سمى دلاء معروفة ، ولابد من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به لان العمل يختلف به

(فصل) ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فان حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة الى جدة بكذا فان ذهب الى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبدالله عنه لو قال أكريتكها بعشرة فما حبستها فعليه كل يوم عشرة ، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه انه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوما صح . ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فان قوله : فهو جائز عاد الى جميع ما ذكر قبله ، وكذلك قوله لا بأس ولان لكل عمل عوضا معلوما فصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ، ومسئلة الصبرة لا نص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وان سلم فسادها فلأن القفزان التي شرط

حكم الغاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فان زرع فرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين أخذه ودفع النفقة ، وان لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجر على ما نذكر في الغصب

(فصل) وان اكترى دابة الى مسافة فسلك أشق منها فهي كمسئلة الزرع يخرج فيها وجهان وقياس منصوص أحمد ان له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر ان له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ولانه متعد بالجميع بدليل ان لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوزها فانه انما يمنعه الزيادة لا غير ، وان اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو بالعكس فعليه أجر المثل لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل وسائر مسائل العدوان يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسئلة بنظيرتها

(فصل) وان اكتراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة فان كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فهو كمن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وان كان المكري تولى كيله وتعبيته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد وان تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها

حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الايام فأنها معلومة

(فصل) وان قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم فعن أحمد فيه روايتان [احداهما] لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك نقداً بدرهم أو بدرهمين نسيئة [والثانية] يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لانه سمى لكل عمل عوضاً معلوما فصح كما لو قال كل دلو بتمرة

وقال أبو حنيفة ان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم فلا يزاد عنه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

(فصل) وان قال ان خطته روميا فلك درهم ، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ففيها وجهان بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها لان أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فاشبه ما لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة

وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره ، وان تولى ذلك أجنبي ولم يعلما فهو متعد عليهما عليه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به ضمانها وعليه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكتري ووضعه المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكتري لان المكري مفرط في حمله

ولنا ان التدليس من المكتري اذ أخبره بكيلها بخلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها ، فأما ان كالها المكتري ووضعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكتري الدابة إذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير وله أجر القفيز الزائد في أحد الوجهين لانهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجر (والثاني) لا أجر له لان المكتري لم يجعل له على ذلك أجراً ، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله فعليه أجر القفيز الزائد وان أمره بحمله ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه اذا أمره به كان كفعله ، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي فهو كما لو حمله الذي كاله وإن كان بامر الاخر فهو كما لو حمله الاخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

﴿ مسئلة ﴾ (وإن تلفت ضمنها إلا ان تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين) إذا تلفت الدابة التي تعدى فيها إما بزيادة على الحمل أو زيادة على المسافة ضمنها بقيمتها سواء

واحدة شرط فيها عوضا ان وجدت على صفة وعوضا آخر ان وجدت على اخرى فاشبه مالو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) انه وقف الاجارة على شرط بقوله أن خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من حمال الى مصر باربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون فقال اذا اكترى الى الرقة بعشرين و اكترى الى دمشق بعشرة وا كترى الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للحمال أن يرجع ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، ويخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا ونقل البرزاطي عن أحمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وأن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله . ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال ان رددتها غداً فكراؤها عشرة وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن احمد في رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم

تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن هذا ظاهر كلام الخرقي والفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي ، وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها ضمنها ، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه النصف ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري جميع القيمة وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف القيمة لانها تلفت بفعل مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال فيمن اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكتري عشر قيمته ، قال شيخنا وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها ، فاما ان تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوب ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل ما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والاخر آخذ بزمامها كانت لصاحب الحمل والراكب ولان الراكب متعد

﴿ فصل في مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل ﴾

(أحدها) قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة الى مصر بعشرة فالاجارة صحيحة بغير خلاف نعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها لي كل قفيز بدرهم فيصح أيضا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله اذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو بقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملت من باقيها فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول، ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل قفيز بدرهم فهي كالرابعة سواء (السادسة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لانه في معنى بيعتين في بيعة ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز بدرهم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة اخرى في البيت بحساب ذلك فان كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانهما كالصبرة الواحدة وان جهلها

بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن خرق ثياب انسان وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها، فأما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها وكان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كتلفها تحت الحمل والراكب ، وان كان بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة فلا ضمان فيها لانها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدواناً فمات منهما، وفارق ما لو جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها ولنا انها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا باذن جديد ولم يوجد والاصل ممنوع إلا أن يردها إلى مالكها أو يجدد لها إذنا

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الاحمال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارتها وكل ما جرت عادته به

أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة (الثامنة) قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وان جهلاها بطل فيهما لانه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها مغصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقد فيها ، وفي صحته وفي صحة الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنهما ان كانت قفزانهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الاخرى فالاولى صحته لان قسط الأجر فيها معلوم وان لم يكن كذلك فالاولى بطلانه لجهالة العوض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة اقفزة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على مايشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه

يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطىء به الركوب من الحداجة للجمل والقتب وما يتمكن به الراكب من النفع كزمام الجمل والبرة التي في أنفه ان كانت العادة جارية بها والسرج واللجام للفرس والبردعة والاكاف للبغل والحمار على ما يقتضيه العرف محمل الاطلاق عليه ، وما زاد على ذلك من المحمل والمحارة والحبل الذي يشد به بين المحملين على المكتري لانه من مصلحة الحمل وكذلك الوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت المحمل وعلى المكري رفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتري ، فان كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها ، فأما الدليل فهو على المكتري لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فاشبه الزاد وقيل ان كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري لان الذي عليه تسليم الظهر وقد سلمه ، وان كانت الاجارة على حمله الى مكان معين في الذمة فهو على المكتري لانه من مؤنة إيصاله اليه وتحصيله فيه ، فان كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله لانه لا يتمكن منها إلا به وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول مع قيام البعير لم يلزم الجمال أن يبرك الجمل لامكان استيفاء المعقود عليه ، فان كان قويا حال العقد فتجدد له الضعف أو بالعكس فالاعتبار بحال الركوب لان العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة ، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفرض وقضاء حاجة الانسان والطهارة ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لانه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير ، ومايمكنه فعله عليه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اكترى الى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والمحامل والاغطية والاوطئة لم يجز الكراء)

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الابل الى مكة وغيرها وقد قال الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن تحج وتكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر انهم يأتون رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق . وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها لجاز دفعاً للحاجة . إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه لانه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع ، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها وان كان مقتبا ذكره، وهل يكون مغطى أو مكشوفا ؟ فان كان مغطى احتيج الى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر الا أن الشافعي قال يجوز اطلاق غطاء المحمل لانه لا يختلف اختلافا متباينا ، وحكي عنه في المعاليق

من الاكل والشرب وصلاة النافلة لا يلزمه ان يقفه له من أجله فان أراد المكتري اتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام

(فصل) اذا اكترى ظهرا في طريق العادة فيه النزول والمشي عند اقتراب المنزل والراكب امرأة أو ضعيف لم يلزمه ذلك لانه اكترى جميع الطريق كالمتاع، وان كان جلداً قويا احتمل أن لا يلزمه أيضا لانه عقد على جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق أشبه الضعيف ويحتمل ان يلزمه لانه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) فان كان المكترى داراً أو حماما فعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لان عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فاذ ضاعت أو تلفت بغير تفريط المستأجر فعلى المؤجر بدلها لكونها أمانة في يد المستأجر فأشبه حيطان الدار وأبوابها وان سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعليه ابدالها وبناء الحائط ، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبرك ومجرى الماء لان بذلك يحصل الانتفاع ويتمكن منه وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبركة فعلى المكتري فاما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منهما لان الانتفاع ممكن بدونه

﴿ مسئلة ﴾ (فاما تفريغ البالوعة والكنيف فيلزم المستأجر إذا سلمها فارغة)

إن احتيج إلى تفريغ البالوعة والكنيف عند الكراء فعلى المكري لانه مما يتمكن به من الانتفاع

قول انه يجوز اطلاقهـا وتحمـل على العرف ، وحكي عن مالك انه يجوز اطلاق الراكبـين لان أجسام النـاس متقاربة في الغـالب ، وقال أبو حنيفـة إذا قال في المحمـل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمل معه ، وقولهم : ان أجسام الناس متقاربة لا يصح فان فيهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً ،ويتفاوتون أيضا في المعاليق فمنهم من يكثر الزاد والحوائج ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشترطت معرفته كالمحمل والاوطئة ، وكذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذى يشتد على الحمل في الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك،وتحصل بأحد امرين إما بالرؤية فيكتفي بها لأنها أعلى طرق العلم الا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المسمى فيه كالرهوال وغيره فاما أن يجربه فيعلم ذلك برؤيته وإما ان يصفه ، وإما بالصفة فاذا وجدت اكتفي بها لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع واذا استأجر بالصفة الركوب احتاج الى ذكر الجنس

وان امتلأت بفعل المستأجر فتفريغها عليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبوثور هو على رب الدار لان به يتمكن من الانتفاع أشبه مالو اكتراها وهي ملأى،وقال أبوحنيفة القياس أنه على المكتري والاستحسان أنه على رب الدار لان ذلك عادة الناس

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا ،والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف مائه كالقول في بالوعة الدار، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) فان شرط على مكتري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح لانه لايجوز أن يؤجر مدة لايمكنه الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشرط أن يستوفي بقدرها عند انقضاء مدته لانه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الأجارة مجهولا فان أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكتري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ ويتخرج أن له أرش العيب، كالمبيع المعيب فان لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه جميع الاجر لانه استوفى المعقود عليه فأشبه مالو علم العيب بعد العقد فرضيه ويتخرج أن له أرش العيب كما لواشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى تلف في يده أو أكله

(فصل) وإن شرط على المكتري النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام فالشرط فاسد لان العين ملك المؤجر فنفقتها عليه ، فان انفق بناء على هذا الشرط احتسب به على المكتري لانه أنفقه

فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حمير ، والنوع فيقول بختي أو عربي ، وفي الخيل عربي أو برذون ، وفي الحمير مصري أو شامي ، وان كان في النوع ما يختلف كالمهلج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره ، وذكر القاضي أنه يحتاج الى معرفة الذكورية والانوثية وهو مذهب الشافعي لان الغرض يختلف بذلك فان الانثى أسهل والذكر أقوى ، ويحتمل انه لا يحتاج الى معرفة ذلك لان التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح انه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة انما هو الجمال العراب دون البخاتي

(فصل) واذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما ، وان كان في طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم ، فان أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف ومتى اختلفا في ذلك وفي ميقات السير ليلا أو نهارا أو في موضع المنزل اما في داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف ولانه لم تجر العادة بتقدير السير في طريق ، ومتى اختلفا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

على ملكه بشرط العوض فان اختلفا في قدر ما أنفق ولا بينة فالقول قول المكري لانه منكر فان لم يشرط لكن أذن له في الانفاق ليحتسب له به من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكري أيضا ، وإن أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك أشبه ما لو عمر له داراً أخرى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في جواز كراء الابل وغيرها من الدواب إلى مكة وغيرها قال الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمستأجرة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن يحج ويكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة اليه ، وقد فرض الله تعالى الحج على الناس وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يحسن القيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز ذلك دفعا للحاجة . اذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين المعقود عليه لانه عقد معارضة أشبه البيع فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين بالرؤية أو بالصفة لان المعرفة بالصفة تقوم مقام الرؤية اذا وصفهما بالطول والقصر والهزال والسمن والصغر والكبر والذكورية والانوثية ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا يكفي في ذلك الصفة لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ولهم في المحمل وجه أنه لا يكتفى فيه بالصفة ويجب تعيينه

(فصل) وإن اشترط حمل زاد مقدر كمائة رطل نظرنا فان شرط أنه يبدل منها مانقص بالاكل أو غيره فله ذلك ، وإن شرط أن مانقص بالاكل لا يبد له لم يكن له إبداله فان ذهب بغير الأكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لان ذلك لم يدخل في شرطه ، وإن أطلق العقد فله ابدال ماذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المعتاد فله ابداله أيضا لانه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدل مانقص منه كما لو نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لايملك ابداله لان العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل فحمل العقد عند الاطلاق على العرف وصار كالمصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له ابداله ، ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لان العادة أن الزاد لايبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع

(فصل) واذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لانه من تمام الحج وقيل ليس له الركوب الى منى لانه بعد التحلل من الحج والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ومن اكترى الى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لايكترى اليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكتري للحج

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الي حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب في الاجارة ولانه لولم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لانه انما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لاتأتي عليه الصفات لايعلم تساويهما فيه ولان الوصف يكتفى به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه ويحتاج إلى معرفة الآلة التي يركبان فيها من محمل ومحارة وقتب وغير ذلك، وهل يكون مغطى أو مكشوفا؟ فان كان مغطى احتاج إلى معرفة الغطاء ويحتاج إلى معرفة الوطاء ومعرفة المعاليق التي معه من قربة وسطيحة وقدر وسفرة ونحوها وذكر سائر مايحمل معه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال : يجوز اطلاق غطاء المحمل لانه لايختلف اختلافا كثيرا متباينا، وحكي عنه في المعاليق قول أنه يجوز اطلاقها ويحمل على العرف وحكي عن مالك أنه يجوز اطلاق الراكبين لان أجسام الناس متقاربة في الغالب، وقال أبو حنيفة إذا قال في المحمل رجلان ومايصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيرا فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمله معه وقول مالك إن أجسام الناس متقاربة لايصح فان منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والمزيل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيرا ويتفاوتون أيضا في المعاليق منهم من يكثر الزاد والحوائج

(فصل) فيما يلزم المكري والمكتري للركوب . يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب من الحداجة للجمل و القتب والزمام الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها وإن كان فرسا فاللجام والسرج ، وإن كان بغلا أو حماراً فالبرذعة والاكاف لان هذا هو العرف فحمل الاطلاق عليه. وعلى المكتري ما يزيد على ذلك كالمحمل و لحارة والحبل الذي يشد به بين المحملين أو الحارتين لان ذلك من مصلحة المحمل والوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت المحمل، وعلى المكري رفع المحمل على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب، ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتري وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكتري لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالزاد ، وقيل إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري لان الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه ، وإن كانت على حمله الى مكان معين في الذمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إيصاله اليه وتحصيله فيه

(فصل) واذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله لانه لا يتمكن من الركوب والنزول الا به، وان كان

ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشترطت معرفته كالمحمل والاوطئة، و كذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشد على المحمل في الهواء ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرناه فان رأى الراكبين أو وصفاله وذكر الباقي بارطال معلومة جاز ذكره الخرقي، وأما الراكب فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ويحصل بالرؤية لانها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المشي كالرهوال وغيره ، واما أن يجر به فيعلم ذلك برؤيته ويحصل بالصفة فاذا وجدت اكتفي بها لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع، فاذا استأجر بالصفة للركوب احتاج الى ذكر الجنس فرسا أو بعيراً أو بغلا أو حماراً أو النوع فيقول في الابل بختي أو عرابي وفي الخيل عرابي أو برذون وفي الحمير مصري أو شامي وان كان في النوع ما يختلف كالمهملج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره لان الغرض يختلف به، وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، قال شيخنا ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة الجمال العراب دون البخاتي

(فصل) اذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما وان كان في طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم فان اطلق والطريق منازل معروفة جاز لانه معلوم بالعرف، ومتى

ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يبرك له الجمل لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكلفة، وإن كان قويا حال العقد فضعف في أثنائه أو ضعيفا فقوي فالاعتبار بحال الركوب لان العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الانسان وطهارته ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لانه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الاكل والشرب وصلاة النافلة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يبركه، ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد المكتري اتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام ومن اكترى بعيراً لانسان يركبه لنفسه وسلمه اليه لم يلزمه سوى ذلك لانه وفى له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواه

(فصل) وإذا اكترى ظهراً في طريق العادة فيه النزل والمشي عند اقتراب المنزل والمكتري امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لانه اكتراه جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق كالمتاع وإن كان جلداً قويا ففيه وجهان [أحدهما] لا يلزمه النزول أيضا لانه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف [والثاني] يلزمه لانه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) وان هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين [أحدهما] أن يهرب بجماله فينظر فان لم يجد المستأجر حاكما أو وجدحاكما لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الاثبات

اختلفا في ذلك وفي وقت السير ليلا أو نهاراً أو في موضع المنزل إما في داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف، وان لم يكن للطريق عرف فقال القاضي لا يصح كما لو اطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المعروف لانه لم تجر العادة بتقدير السير في الطريق فان اختلفا رجع الى العرف في غير ذلك الطريق

(فصل) فان شرط حمل زاد مقدر كمائة رطل وشرط انه يبدل منها مانقص بالاكل أو غيره فله ذلك وان شرط أن مانقص بالاكل لا يبدله فليس له ابداله فان ذهب بغير الاكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لان ذلك لم يدخل في شرطه، وان اطلق العقد فله ابدال ماذهب بسرقة أو سقوط أو اكل غير معتاد بغير خلاف وان نقص بالاكل المعتاد فله ابداله أيضا لانه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدال مانقص منه كما لو نقص بسرقة ويحتمل أن لا يملك ذلك لان العرف جار بأن الزاد ينقص ولا يبدل فحمل العقد عليه عند الاطلاق وصار كالمصرح به، وقال الشافعي القياس ان له ابداله ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لان العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل اجره عن أجر المتاع

(فصل) اذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج

عنده ولا يحصل له مايكتري به ما يستوفي حقه منه فللمستأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه فأشبه ما لو أفلس المشتري أو انقطع الثلج فيه عند محله، فان فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الاجر كان دينا في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ومتى قدر على الجمال طالبه به، وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك، وان أمكنه اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الأمر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فان وجد للجمال مالا اكترى به له وان لم يجد له مالا وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال أو من غيره مايكتري له به فعل، فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد وان اقترض عليه من المكتري ما يكري به جاز وصار دينا في ذمة الجمال، وان كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتراء غيره لان العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

[الحال الثاني] إذا هرب الجمال فترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقام الجمال في الانفاق على الجمال والشد عليها وحفظها وفعل مايلزم الجمال فعله فان لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا، وان ادان من المكتري وأنفق جاز، وان أذن للمكتري

عليه إلى منى لان ذلك من تمام الحج، وقيل ليس له الركوب الى منى لانه بعد التحلل من الحج، والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت) ولو اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لايكترى اليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكتري للحج

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي، ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئا ويمشي شيئا لانه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز في البعض ولا بد من العلم بها إما بالفراسخ واما بالزمان مثل أن يركب ليلا ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن شرط أن يركب يوما ويمشي يوما جاز فان أطلق احتمل الجواز واحتمل أن لا يصح لانه يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولا، وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أو مازاد ونقص جاز وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لان فيه ضرراً على كل واحد منهما الماشي لدوام المشي عليه والدابة لدوام الركوب عليها لانه إذا ركب بعد شدة التعب كان أثقل على البعير، وان اكترى اثنان جملا يتعاقبان عليه جاز ويكون كراؤه كل الطريق والاستيفاء بينهما على مايتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما الكل

في الانفاق من ماله بالمعروف ليكون ديناعلى الجمال جاز لانه موضع حاجة ، واذا رجع الجمال واختلفا فيما أنفق نظرنا فان كان الحاكم قدر لهمايدفق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لايحتسب به وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين وما زاد لايرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم ففعل مايرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفى عن الجمال مالزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والانفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز وان لم يجد حاكما أو عجز عن استدانة فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه فان فعل ذلك متبرعا لم يرجع بشيء وان نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة، وهذا أحد الوجهين للشافعي وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان [أحدهما] يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لابد لها من نفقة إذن في الانفاق [والثاني] لا يرجع به لانه يثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يجد من يشهده فأنفق محتسبا بالرجوع وقياس المذهب ان له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضا ، وحكم موت الجمال حكم هربه ، وقال أبو بكر مذهب أحمد ان الموت لايفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فان لم يكن في يد المستأجر ما ينفقه لم يجز أن يبيع منها شيئا لان البيع انما يجوز من المالك أومن نائبه أو ممن له ولاية عليه

واحد منهما فراسخ معلومة او لاحدهما بالليل وللآخر بالنهار ، وإن كان لذلك عرف رجع اليه وان اختلفا في البادىء منهما أقرع ، ويحتمل أن لا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبداً معينا منهما

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لاحدهما فسخها)

وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها عقد معاوضة فكانت لازمة كالبيع ولانها نوع من البيع وانما اختصت باسم كالصرف والسلم لا أن يجد العين معيبة عيبا لم يكن علم به فله الفسخ بغير خلاف نعلمه قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضا أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة ، وإن شاء أخذها وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الاعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحا أو عضوضا ونحو ذلك ، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لانه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز اكتراؤها في البعض ، ولابد من كونها معلومة إما أن يقدرها بفراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلا ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول ، وان اتفقا على أن يركب يوما ويمشي يوما جاز . فان اكترى عقبة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف ، ويحتمل أن لا يصح لان ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولا . وان اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام أو مازاد ونقص جاز ، وان اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لان فيه ضرراً على كل واحد منهما : الماشي لدوام المشي عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعبه كان أثقل على البعير

وان اكترى اثنان جملا يركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على مايتفقان عليه ، وان تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل والآخر النهار وان كان لذلك عرف رجع اليه ، وان اختلفا في البادىء منهما أقرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبداً معينا منهما

وأشباه ذلك من النقائص ، فان رضي بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الاجرة لأنه رضي به ناقصا أشبه مالو رضي بالمبيع معيبا ، وان اختلفا في الموجود هل هو عيب أولا ؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فان قالوا هو عيب فله الفسخ والا فلا هذا اذا كان العقد تعلق بعينها فان كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكري إبدالها كالمسلم فيه إذا وجده معيبا أو على غير صفته فان عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره فللمكتري الفسخ أيضاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان بدا له قبل تقضي المدة فعليه الاجرة)

قد ذكرنا أن الاجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة وتلزمه الاجرة ولا يزول ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه : قال الاثرم قلت لابي عبدالله رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني ؟ قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء . قلت فان مرض المستكري بالمدينة ؟ فلم يجعل له فسخاً لانه عقد لازم من الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لانها صارت مملوكة لغيره فان

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقي بأرطال معلومة فجائز)

وجملته ان المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفهما بما يختلفان به في الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانوثية والباقي يكفي فيه ذكر الوزن وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ، ولهم في المحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب في الاجارة ولانه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لانه انما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ولان الوصف يكتفى به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه

(فصل) ويجوز اكتراء الابل والدواب للحمولة ، قال الله تعالى [وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس] والحمولة بالضم الاحمال والحمولة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى

تصرف فيها وكان ذلك في حال يد المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك لانه تصرف فيه قبل قبض المكتري له أشبه مالو أتلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه ، فان تصرف في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه خاصة ، وعلى المستأجر أجر ما بقي فان سكن المستأجر شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين ، وان سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر واحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه يسقط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لانه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه أشبه مالو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري إياه وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرهما، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر الاجر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وان فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها الى المستأجر ، والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي وان تصرف المالك قبل تسليمه العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجها واحداً لان العاقد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه ، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالحصة كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضاً

ومن الانعام حمولة وفرشا] الحولة الكبار والفرش الصغار ، وقيل الحمولة الابل والفرش الغنم لأنها لاتحمل ، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لان الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فان للراكب غرضا في المركوب من سهولته وحاله وسرعته ، وان اتفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكر في الاجارة ، وأما الاحمال فلابد من معرفتها فان لم يعرفها لم يجز لان ذلك يتفاوت كثيراً ويختلف الغرض به فان شرط أن يحمل ماشا بطل لان ذلك لا يمكن الوفاء به ويدخل فيه مايقتل البهيمة ، وان قال احتمل عليها طاقتها لم يجز أيضا لان ذلك لاضابط له ، وتحصل المعرفة بطريقين (المشاهدة) لأنها من أعلى طرق العلم (والصفة) ويشترط في الصفة معرفة شيئين القدر والجنس لان الجنس يختلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر فان القطن يضر بها من وجه وهو انه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل ومثله من الحديد يؤذي من جهة أخرى وهو انه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلابد من بيانه ، وأما الظروف فان دخلت في الوزن لم يحتج الى ذكرها ، وان لم توزن فان كانت ظروفا معروفة لاتختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين لانها قلما تتفاوت تفاوتا كثيرا فتسميتها تكفي ، وان كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة وذكر ابن عقيل انه اذا قال أكريتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملا يضر

﴿مسئلة﴾ (وان حوله المالك قبل تقضيها فليس له أجر لما سكن نص عليه ويحتمل أن له من الاجرة بقسطه)

اذا استأجر مدة فسكنه بعضها ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجر نص عليه أحمد وذكره الخرقي ويحتمل أن له من الاجر بقسطه وهو قول أكثر الفقهاء لانه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته

ولنا أنه لم يسلم اليه ما تناوله عقد الاجارة فلم يستحق شيئا كما لو استأجره لحمل كتاب الى بلد فحمله بعض الطريق أو ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقي وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع ، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه او عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر او حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وانه لايستحق شيئا لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان هرب الاجير حتى انقضت المدة انفسخت الاجارة ، وان كانت على عمل خير المستأجر بين الصبر والفسخ)

بالحيوان مثل مالو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها ، وإن اكترى ظهراً للحمل موصوفا بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكون الحمولة لكون الحمولة مما يضرها الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحمولة فيتعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك كما في المركوب، وإن لم يفوت غرضا جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه

(فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لانها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب وان اكترى بقراً للحرث جاز لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ «بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت اني لم أخلق لهذا انما خلقت للحرث» متفق عليه. ويحتاج الى شرطين معرفة الارض وتقدير العمل فأما الارض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولانها تختلف فتكون صلبة تتعب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتي الصفة عليها فيحتاج إلى رؤيتها

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما الارض كهذه القطعة أو من

وجملة ذلك أنه اذا هرب الاجير أو شردت الدابة او أخذ المؤجر العين وهرب بها او منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان انفسخ فلا كلام ، وان لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها ، وان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب او بناء حائط او حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب بيع من ماله فان تعذر فللمستأجر الفسخ فان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في الذمة لا يفوت بهربه ، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع اذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ماسبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة او يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما ان شردت الدابة او تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

﴿مسألة﴾ (فان هرب الجمال أو مات وترك الجمال انفق عليها الحاكم من مال الجمال أو أذن للمستأجر في الانفاق فاذا قدم باعها ووفى المنفق وحفظ باقي ثمنها لصاحبه)

اذا هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يهرب بجماله فان لم يجد المستأجر حاكما أو وجد حاكما لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن ولم يحصل

هذا المكان إلى هذا المكان أو بالمساحة كدى أو مديين ونحو ذلك كل ذلك جائز ، لان العلم يحصل به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه ، وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لان الغرض يختلف به فمنه ماروثه طاهر ومنه ماروثه نجس ولا يحتاج إلى معرفة عين الحيوان ، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لادارة الرحى ويفتقر إلى شيئين معرفة الحجر إما بمشاهدة واما بصفة تحصل بها معرفته لان عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوما أو يومين ، أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف لان منه مايسهل طحنه ومنه مايصعب، وكذلك إن اكتراها لادارة دولاب فلا بد

له ما يستوفي به حقه منه فللمستأجر الفسخ لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه أشبه ما اذا أفلس المشتري فان فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الاجر كان دينا في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طالبه به وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخت الاجارة وان أمكن اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فان وجد الحاكم للجمال مالا اكترى به وان لم يجد له مالا وامكنه أن يقترض عليه مايكتري له به فعل فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري به لنفسه جاز في ظاهر كلام أحمد، وان كان القرض من المكتري جاز وصار دينا في ذمة الجمال وان كان العقد على معين لم يجز ابداله ولا اكتراء غيره لأن العقد تعلق بعينه فيخير المكتري بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

(الحال الثاني) اذا هرب وترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقامه في الانفاق على الجمال والشد عليها وفعل مايلزم الجمال فان لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما ذكرناه وان ادان من المكتري وانفق جاز، وان أذن للمكتري في الانفاق من ماله بالمعروف ليكون دينا على الجمال جاز لانه موضع حاجة فاذا رجع واختلفا فيما انفق وكان الحاكم قدر النفقة قبل قول

من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض أو هذه البركة ، وكذلك ان اكتراها للاستقاء بالغرب فلا بد من معرفته لانه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض ، ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الارض عطشانة لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولا ، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل أن يجوز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة يستقي عليها الماء ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي بها من راوية أو قرب أو جرار ، ومعرفة ذلك اما بالرؤية واما بالصفة ، ويقدر العمل اما بالزمان واما بعدد المرات واما بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وإن قدره بملء شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، وإن اكتراها لبل تراب معروف جاز لان ذلك بالعرف ، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ماروثه طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر ، ومنه ماروثه نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالبغال والحمير فربما نجس به المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته

المكتري في ذلك دون ما زاد ، وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين فاشبه الوصي اذا ادعى النفقة على الايتام بالمعروف وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم فيفعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والانفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز ، وان لم يجد حاكما أو عجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه ولا يرجع بذلك ان فعله متبرعا وان نوى الرجوع واشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن في الانفاق (والثاني) لا يرجع به لانه يثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يشهد وأنفق محتسبا بالرجوع ، قال شيخنا وقياس المذهب أن له الرجوع كقولنا يرجع بما انفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ، فان قدر على استئذان الحاكم فانفق من غير استئذانه واشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضا ، وحكم موت الجمال حكم هربه وقال أبو بكر مذهب احمد أن الموت لا يفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى ، فان لم يكن في يد المستأجر ما ينفق لم يجز أن يبيع منها شيئا لان البيع إنما يجوز من المالك أو نائبه أو ممن له ولاية عليه

(فصل) واذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكترى البقر للركوب والحمل عليها أو اكترى الابل والحمر للحرث جاز لانها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذي خلقت له ولان مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح اما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرته على منفعته وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الاكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها وفي بعض البلدان يحرث على الابل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث ان شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن)

وجملته أن الاجير على ضربين خاص ومشترك : فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهراً . سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس . والمشترك الذي يقع العقد معه على

﴿ مسألة ﴾ (وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها)

وجملته ان من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام [أحدها] ان تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب [أحدها] أن تتلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه مالو تلف الطعام المبيع قبل قبضه [الثاني] أن تتلف عقيب قبضها فان الاجارة تنفسخ ايضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكي عنه انه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع . وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين [الثالث] أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون مامضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق يعطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فيطل العقد فيما تلف دون ماقبض كما لو اشترى صبرتين فقبض احداهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ، ثم ننظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر مامضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي ، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف اكثر من الشتاء ،

عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب . سمي مشتركا لانه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته ، فالاجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي وهو ضامن لما جنت يده فالحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص أحمد على هذه المسئلة في رواية ابن منصور، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، وروي ذلك عن عمر وعلي وعبدالله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يضمن مالم يتعد . قال الربيع هذا مذهب الشافعي وان لم يبح به ، وروي ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة

ولنا ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروى الشافعي في مسنده باسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعد وان بقطع

أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الخبرة ويسقط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبعير استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وموت الصبي المرتضع)

إذا مات الصبي المرتضع انفسخ العقد لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي، وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقي

وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

ولنا أنه هلك المعقود عليه أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة .

﴿ مسئلة ﴾ (وموت الراكب اذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) اذا مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كمن يموت في طريق مكة ويخلف جمله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد ان الاجارة تنفسخ فيما بقي

عضو بخلاف الاجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه اذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الاجير المشترك انما يضمن اذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطا أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لاضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط لانه سلم نفسه الى المستأجر فيصير كالاجير الخاص، قال ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لاضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا، قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكلما عمل شيئا صار مسلما اليه فظاهر كلام الخرقي أنه لافرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أولا، وكذلك قال ابن عقيل ماتلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو

من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر منفعة العين فأشبه مالو غصبت ولان بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكتري لان المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه، وقد نقل عن أحمد في رجل اكترى بعيرا فمات المكتري في بعض الطريق فان رجع البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له، وان كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء الى الموضع، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق له به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبه مالو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت، ويجب أن يقدر انه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا ينفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها، ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئا من الاجر، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لم يؤيس منه بالحبس لانه يمكن خروجه في كل وقت من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة له إما بأجره أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه أشبه ما ذكرنا من الصور

لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ولان جناية الجمال والملاح اذا كان صاحب المتاع راكبا معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما لم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا متترسا فكسر ترسه وقتله ، ولان الطبيب والختان اذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن،وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه وهذا يقتضي ان تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لان الفعل في ذلك الى الموضع مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فثم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده اذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الجنايات وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختان والله أعلم

(فصل) فأما الاجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد قال أحمد في رواية

﴿ مسئلة ﴾ (وانقلاع الضرس الذي اكتري لقلعه أو برؤه) وكذلك ان اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت انفسخ العقد لانه تعذر استيفاء المعقود عليه أشبه مالو تعذر بالموت

﴿ مسئلة ﴾ (فان اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين وفي الآخر يثبت المستأجر خيار الفسخ)

وجملة ذلك انه إذا حدث في العين المكتراة ما يمنع نفعها كدار انهدمت أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار أو الارض لوضع حطب فيها أو وضع خيمة في الارض الذي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الارض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضا لان المنفعة التي وقع العقد عليها تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى. وقال القاضي في الارض التي انقطع ماؤها لا تنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي ، لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه مالو نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والامضاء ، فان فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الاجرة لان ذلك عيب فاذا

مهنا في رجـل أمر غلامه بكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار مشترك ، قيل فرجل اكترى رجلا يستقي ماء فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه قيل له فان اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال فلا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر ان جميـع الاجراء يضمنون وروي في مسنده عن علي رضي الله عنه انه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليـه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص وقطع يد السارق ، وخبر علي رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل والصحيح فيه انه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وان روي مطلقا حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب ، فأما ما يتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتعديه فضمنه كغير الاجير

(فصل) واذا استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصا كالخياط في دكان يستأجر أجيراً مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

(فصل) اذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه اياه غير معمول ولا أجر عليه

رضي به سقط حكمه فان لم يختر الفسخ ولا الامضاء إما لجهله بان له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالاعيان في البيع ، ولو كان النفع الباقي في العين مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً لان المنفعة الباقيـة لا يملك استيفاءها مع سـلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها ، فاما ان أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء أو كان الماء منحسراً عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعـة المعقود عليها لم تزل بالـكلية فأشبه مالو تعيبت والمستأجر خيـار الفسخ على ما ذكرنا إلا في الدار إذا انهدمت ففيها وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسـكنها فاما إن كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الارض بما ينحسر عن قريب بحيث لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في بقية

وبين تضمينه إياه معمولا ويدفع اليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا أجر له وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجر إلى ذلك المكان، وانما كان كذلك لانه اذا أحب تضمينه معمولا أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لانه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن احب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه اليه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا دفع إلى حائك غزلا فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً على ماقدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لأنه غير مأمور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ماعدا الزائد فينظر فيه فان كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ماسمى له من الاجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين فان جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ماأمر به فأشبه زيادة الطول، ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بانه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ماأراد ولا يمكن ذلك في العرض، وأما إن جاء به ناقصا في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضا وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه

العين لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك أمسك بالحصة من الاجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تنفسخ بموت المكتري أو المكري)

وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبتي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ماعقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا أنه عقد لازم فلم ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات ، وما ذكروه لايصح لانا قد بينا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وان الاجرة قد ملكت عليه كاملة في وقت العقد على مانذكره ، ويلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ماذكروه لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حياته كذا ههنا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تنفسخ بعذر لاحدهما مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته أو دكانا فيحترق متاعه)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو ثور ، وقال ابوحنيفة وأصحابه يجوز للمكتري فسخها لعذر

ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فاشبه مالو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع [والثاني] له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه ، ويحتمل انه ان جاء به ناقصا في العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ماذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضعين يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله و بين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد أو بحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله

ولنا أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه كما لو جاء به زائدا في الطول وحده ، فأما ان أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفا فنسجه خمسة عشرة فصار صفيقا أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا دفع الى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قميصا فاقطعه فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه ، وإن قال انظر هذا يكفيني قميصا فقال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن . بهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المسئلتين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية

في نفسه مثل أن يكتري جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته ، أو يكتري دكانا للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لان هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فابق

ولنا انه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ولانه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد منهما ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا ، ويفارق الا باق فانه عذر في المعقود عليه

(مسئلة) (وإن غصبت العين خير المستأجر بين الفسخ والامضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل)

إذا غصبت العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لان فيه تأخر حقه فان فسخ فالحكم كما لو انفسخ العقد بتلف العين وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل الى بدل وهو القيمة فأشبه مالو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي في ذلك اختلاف فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة

ولنا أنه انما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغريره بل لعدم الاذن في قطعه لان اذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون اذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية

(فصل) فان أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه ما لو قطعه من غير اذن ، وقيل يغرم ما بين قميص امرأة وقميص رجل لانه مأذون في قميص في الجملة ، والاول أصح لان المأذون فيه قميص موصوف بصفة فاذا قطع قميصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بابتداء القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) وان اختلفا فقال أذنت لي في قطعه قميص امرأة وقال بل أذنت لك في قطعه قميص رجل ، أو قال أذنت لي في قطعه قميصا قال بل قباء أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال مالك وابو حنيفة وابو ثور القول قول رب الثوب ، واختلف أصحاب الشافعي فنهم من قال له قولان كالمذهبين ومنهم من قال له قول ثالث انهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح ان القول قول رب الثوب لانهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء الى موضع معين فغصب جمله الذي يحمل عليه أو عبده الذي يخيط له لم ينفسخ العقد ، وللمستأجر مطالبة الاجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل لان العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده فان تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفي منها

(فصل) فان حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو يحصر البلد فيمتنع خروج المستأجر الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ثبت للمستأجر خيار الفسخ لانه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين ، ولو اكترى دابة ليركبها أو يحمل عليها الى موضع معين فانقطعت الطريق اليها لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل واحد منهما فسخ الاجارة ، وان اختار ابقاءها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما ، فأما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية أشبه مرضه ، وكذلك لو حبس أو مرض لانه ترك استيفاء المنفعة لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً . قال الخرقي : فان جاء أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الاجرة بقدر مدة انتفاعه وقد شرحناه

ولنا انهما اتفقا في الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب اذا قال أذنت لي في البيع نساء ولانهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه . فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لي في قطعه قباء وصبغه أحمر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه ولان النبي ﷺ قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فانما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا وقطعه قميصا وصبغه أسود ، فأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ شيء لانهما فعلا غير ما أذن لهما فيه وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية اخرى أن صاحب الثوب اذا لم يكن ممن يلبس الا قبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب المال تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلفا في حائط لاحدهما عليه عقد أو ازج رجحنا دعواه بذلك وان اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ، ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته . فعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قباء ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه فان كان القباء مخيطا

﴿ مسألة ﴾ (ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والاجرة عليه)

لا خلاف بين أهل العلم في جواز استئجار الآدمي ، وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعيه الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا ليدلهما على الطريق ، ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالدور . ثم إجارته تنقسم قسمين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل معين كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج لرعي الغنم (والثاني) استئجاره على معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر رجلا ليدلهما على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك بنوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية الغنم أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الذمة كخياطة قميص وبناء حائط . فمتى كانت على عمل في ذمته فمرض وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله لانه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالسلم فيه ولا يلزم المستأجر انظاره لان العقد باطلاقه يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به ، فاما إن كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته وعمل غيره ليس بمعقود عليه فأشبه مالو اشترى معينا لم يجز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله له بخلاف ما لو وقع في الذمة فانه يجوز ابدال المعيب ولا ينفسخ العقد بتلف ما يسلمه والمبيع المعين بخلافه فكذلك الاجارة فان كانت الاجارة على عمل في الذمة لكن لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فانه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة

بخيوط المالك لم يملك الخياط فتقه وكان المالك أخذه مخيطا بلا عرض لانه عمل في ملك غيره عملا مجردا عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لانها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لانها ماله ولا يتلف بأخذها ماله حرمة ، فان اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لهما ، وان قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى اذا سله عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة الى ذلك لانه انتفاع بملكه ؛ وحكم الصباغ في قلع الصبغ إن أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على ما مضى في بابه . والذي يقوى عندى ان القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم

(فصل) وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الاجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه لان المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري . وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فانه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لانه في يد المستأجر فيصير مسلما فعمل حالا فحالا ، ولو استأجر رجلا يبني له حائطا في داره أو يحفر فيها بئرا لبرىء من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ولو انهارت

غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان العوض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وكذلك كل ما يختلف باختلاف الاعيان

﴿مسئلة﴾ (وان وجد العين معيبة فله الفسخ)

كما لو وجد المبيع معيبا وقد ذكرناه ، وان حدث بها عيب فله الفسخ وأجرة ما مضى لان البائع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه فان بادر المكري إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر كدار تشعثت فأصلحها ، ولا خيار للمستأجر لعدم الضرر والا فله الفسخ ، وان سكنها مع عيبها فعليه الاجرة علم أو لم يعلم لانه استوفى جميع المعقود عليه معيبا فلزمه البدل كالمبيع المعيب اذا رضيه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الاجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ في إحدى الروايتين)

يصح بيع العين المستأجرة نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ان باعها لغير المستأجر لم يصح لان يد المستأجر تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كبيع الامة اذا زوجها ، قولهم يد المستأجر تمنع

عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فانه اذا قال استعمل الف لبنة في كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء ، وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ماعمله أو لم يتلف نص عليه احمد فقال اذا استأجره يوما فعمل وسقط عند الليل ماعمل فله الكراء وذلك لانه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل مايستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك ولو استأجر أجيراً ليبني له حائطا طوله عشرة اذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئا حتى يتممه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لان الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد قال أحمد اذا قيل له ارفع حائطا كذا وكذا ذراعا فعليه أن يوفيه فان سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة اذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئا حتى يتمم حفرها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا اجر له فيما عمل فيها)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي وروي عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه وان كان غرقا أو عدواً غالبا فلا

التسليم لا يصح لان يد المستأجر انما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كالو باع الامة المزوجة ولانها منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أجازه جاز وبطلت الاجارة وان رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجازته كبيع الامة المزوجة . اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها وانما يستحق نفعها إذا انقضت الاجارة فهو كمن اشترى عينا في مكان بعيد لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيه وكالمسلم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته، فان لم يعلم المشتري بالاجارة خير بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص

(فصل) ويصح بيعها للمستأجر لانه اذا صح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده وهل تبطل الاجارة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما لو ملك الثمرة بعقد ثم ملك الاصل بعقد آخر، ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة ولذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره

ضمان قال أحمد رحمة الله عليه في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه إنما اوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنها تضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمين بما اذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن اذا تلف مع متاعه ولانه اذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بامر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولانه قبضها باذن مالكها لنفع يعود اليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بامر غالب، ويخالف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها اذا ثبت هذا فانه لا اجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله الى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(فصل) وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه لانه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فيبطل بملك العاقد الرقبة كما لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وان كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسبه عليه من الثمن ان كان من جنس الثمن

(فصل) فان رد المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من أبيه داراً ثم مات الاب وخلف ابنين (أحدهما) المستأجر فالدار بينهما نصفين والمستأجر أحق بمنفعتها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك أو بحكم الاجارة وما عليه من الاجرة بينهما نصفين، فان كان ابوه قد قبض الاجر لم يرجع على أخيه بشيء منه ولا على تركة أبيه ويكون ماخلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفا مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي بطلت الاجارة فيها اذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره

(فصل) فان اشترى المستأجر العين فوجدها معيبة فردها فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وان قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه لانه فوته على مالكه . قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه ، فان لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجوداً ، وان هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان (إحداهما) يضمنه لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لم يمكنه رده فأشبه مالو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الاثرم: سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكرون المظال أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافا وذلك لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الامة، ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ اليه في رواية ابن منصور، فقيل له إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال احمد : من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الاجارة والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة . وفارق العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة

فان كان المشتري أجنبياً فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر وإذا سقط العوض عاد اليه المعوض ، ولان المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحقت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قال شيخنا ولا يصح هذا القياس لان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع اليه بعوضها وهو المنفعة ، ولان منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة او النكاح فلو رجعت إلى البائع لملكت بغيرهما ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) وإذا وقعت الاجارة على عين كمن استأجر عبداً للخدمة أو المرعي فتلف انفسخ العقد وقد ذكرناه وإن خرجت العين مستحقة تبينا أن العقد باطل وان وجد بها عيبا فردها انفسخ العقد أيضا ولم يملك إبدالها لان العقد على معين فثبتت هذه الاحكام كمن اشترى عينا ، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فمن سلم اليه عينا فتلفت أو خرجت مغصوبة أو وجد بها عيبا فردها لم تنفسخ الاجارة

كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فانها مضمونة في كل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها ، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى العقد ، وهل تفسد الاجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع . قال أحمد فيما اذا شرط ضمان العين : الكراء والضمان مكروه . وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان الا انه من شرط على كري انه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه ، وعن أحمد انه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ « المسلمون على شروطهم » فأما ان أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن

ولزم المؤجر ابدالها لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنها لم يؤثر ذلك في ابطال العقد كما لو اشترى بثمن في الذمة على ما قرر في موضعه ، فان قيل فقد قلتم فيمن اكترى جملا ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اكترى أرضا لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم اذا اكترى جملا بعينه لا يجوز أن يبدله؟ قلنا : المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينا لا يجوز ان يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه انما هو مستوف للمنفعة وانما يشترط معرفته لتقدر به المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع الا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا ضمان على الاجير الخاص وهو الذي يسلم نفسه الى المستأجر فيما تلف في يده الا ان يتعدى)

وجملته ان الاجير على ضربين خاص ومشترك : فالخاص الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كمن استؤجر لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو سنة ، سمي خاصاً لان المستأجر يختص بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين

القافلة أو لايحمل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مماله فيه غرض مخالف ضمن لانه متعد لشرط كريه فضمن ماتلف به كالو شرط عليه أن لايحمل عليها الا قفيزاً فحمل اثنين

(فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا اذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لانه عقد لايقتضي الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ومالم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده

(فصل) وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة ، وقد صح أن النبي ﷺ نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه والرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعدو والسير والمعلم ضرب الصبيان للتأديب ، قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب واذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ماتلف وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لانه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لانه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا انه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالو تلف تحت الحمل ولان الضرب معنى تضمنه عقد

كخياطة ثوب أو بناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لايستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب سمي مشتركا لانه يتقبل أعمالا لاثنين أو أكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته ، فاما الاجير الخاص فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهنا في رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزراً فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا القصار مشترك قيل فرجل اكترى رجلا يستقي ماء فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه قيل له فان اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال لاضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر أن جميع الاجراء يضمنون وروى في مسنده ان عليا كان يضمن الاجراء ويقول لايصلح الناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص وقطع يد السارق وخبر علي مرسل والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وان روي مطلقا حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فأما ما تلف بتعديه فعليه ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتعديه فضمن كغير الاجير

(فصل) وان استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصا كالخياط في دكان يستأجر أجيرا مدة يستعمله

الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب، وفارق غير المستأجر لانه متعد ، وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فان العادة خلافه ولو امكن التأديب بدون الضرب لماجاز الضرب اذ فيه ضرر وايلام مستغنى عنه .وان أسرف في هذا كله أو زادعلى مايحصل الغنى به أو ضرب من لاعقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعد حصل التلف بعدوانه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ضمان على حجام ولاختان ولا متطبب اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم)

وجملته ان هؤلاء إذا فعلوا ماأمروا به لم يضمنوا بشرطين [أحدهما] أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لانه اذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع ابتداء [الثاني] أن لاتجني أيديهم فيتجاوزوا ماينبغي أن يقطع ، فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق أو فعل فعلا مباحا مأذونا في فعله أشبه ماذكرنا ، فأما ان كان حاذقا وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان الى الحشفة أو الى بعضها أوقطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من انسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لايصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه إتلاف لا

فيها فيتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجير فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

﴿مسئلة﴾ (ويضمن الاجير المشترك ماجنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله)

قد ذكرنا ان الاجير المشترك هو الصانع الذي لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده كالحائك اذا أفسد حياكته فهوضامن لما أفسد نص عليه أحمد في رواية ابن منصور والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أوعصره أو بسطه والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن لما يسقط من حمله عن دابته أو تلف من عثرته والجمال يضمن ماتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من مدة أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، روي ذلك عن عمر وعلي وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحدقولي الشافعي وقال في الآخر لايضمن مالم يتعد قال الربيع هذا مذهب الشافعي وان لم يبح به يروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر ولانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة

ولنا ماروى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لايصلح الناس الا على ذلك وروى الشافعي باسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لايصلح الناس الا هذا

يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه اتلاف المال ولان هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) وان ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أومن صبي بغير اذن وليه فسرت جنايته ضمن لانه قطع غير مأذون فيه وان فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من اذنا له لم يضمن لانه مأذون فيه شرعا

(فصل) ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لانعلم فيه خلافا ولانه فعل يحتاج اليه مأذون فيه شرعا فجاز الاستئجار عليه كسائر الافعال المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب وهذا قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يباح أجر الحجام وذكر أن احمد نص عليه في مواضع وقال أعطي شيئا من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل له أكله ، وممن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي وذلك لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » رواه مسلم وقال « اطعمه ناضحك ورقيقك »

ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو بخلاف الاجير الخاص . والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وان الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وان لم يعمل وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي ان الاجير المشترك انما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه كالخباز يخبز في تنوره والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازا فخبز له في داره أو خياطا أوقصارا ليقصر ويخيط عنده لاضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط لانه سلم نفسه الى المستأجر فصار كالاجير الخاص ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمن الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكلما عمل شيئا صار مسلما اليه ، وظاهر كلام الخرقي أنه لافرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل

ولنا ماروى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطه متفق عليه . وفي لفظ لو علمه خبيثا لم يعطه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليها كالبناء والخياطة ، ولان بالناس حاجة اليها ولا نجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع وقول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحة كسبه إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فان الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى كما يحرم على الاحرار وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار بحكم لا دليل عليه وتسميته كسبا خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما

وإنما كره النبي ﷺ ذلك للحر تنزيها لدناءة هذه الصناعة وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا الاستئجار عليها ، وإنما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه وقال « أعلفه الناضح والرقيق » وهذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ وفعله على مابيناه وان إعطاءه الحجام دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها ويمكنهم منها ، وأمره باطعام الرقيق منها دليل على الاباحة فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله وإنما قصد اتباعه

حاضراً عنده أو غائبا أو كونه مع الملاح أو الجمال أولا ولذلك قال ابن عقيل ماتلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ، ولان جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكبا معه تعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا متترسا فكسر ترسه وقتله ، ولان الطبيب والختان اذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان حمالا يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر ربها أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لان الفعل في ذلك المكان مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فثم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستاجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة ، والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الحيوانات وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والخاتن

ﷺ وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل كلامهم على هذا ولا يكون في المسئلة قائل بالتحريم وإذا ثبت هذا فانه يكره للحر أكل كسب الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة واجارة نفسه لها لما فيها من الاخبار ، ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح وعلى هـذا يحمل قول الائمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جمعا بين الاخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الادلة الدالة عليها والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يعني بالحجامة كما نهى عن مهر البغي أي في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي مخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ولان هذه الامور تدعو الحاجة اليها ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها وأخذ الاجر عليها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر مايكحله مرة في كل يوم أو مرتين فأما ان قدرها بالبرء فقال القاضي لايجوز لانه غير معلوم

وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء والصحيح ان شاء الله أن هذا يجوز لكن يكون جعالة لا اجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة أو

﴿مسئلة﴾ (ولاضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولاأجرة له فيما عمل فيه وعنه يضمن)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لايضمن في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي ، وروي عن أحمد ان كان هلاكه بما يستطاع ضمنه وان كان غرقا أو عدوا غالبا فلا ضمان عليه قال أحمد في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلاضمان ونحو هذا قال ابو يوسف،والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه انما أوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنه يضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما في غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمين بما اذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه،ولانه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غالب ، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولانه قبضها باذن مالكها لنفع يعود اليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر ويخالف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فنخص محل النزاع بالقياس عليها . إذا ثبت هذا

أو عمل معلوم فأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية انما كان جعالة فيجوز ههنا مثله . اذا ثبت هذا فان الكحل إن كان من العليل جاز لان آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها ، وإن شارطه على الكحل جاز وقال القاضي يحتمل أن لا يجوز لان الاعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا أن العادة جارية ويشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ واللبن في الرضاع والحبر والاقلام من الوراق وما ذكروه ينتقض بهذه الاصول، وفارق ابن الحائط لان العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجره ليبني له حائطا والآجر من عنده لانه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصبغ ثوبا والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة، ويفارق الصبغ وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية اليه لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في حيث يحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لمسيس الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

فانه لا أجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاغ ولا طبيب إذا علم منهم حذق ولم تجن أيديهم)

وجملة ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين (أحدهما) أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم لانه إذا لم يكن كذلك لم تحل له مباشرة القطع فاذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وقد قال النبي ﷺ « من تطبب بغير علم فهو ضامن » رواه أبو داود (والثاني) أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق ، فاما إن كان حاذقا وجنت يده مثل أن يجاوز قطع الختان الى الحشفة أو إلى بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو قطع سلعة من انسان فتجاوز بها موضع القطع أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه اتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه اتلاف المال ولانه فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) فان ختن صبيا بغير اذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير

(فصل) وإذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ،وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه ، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لانه قد تعذر العمل فأشبه مالو حجر عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شارطه على البرء فانه يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فان برئ بغير كحله أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجاعل فلا شيء له، وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله ، فان فسخ الكحال فلا شيء له لانها جعالة فثبت فيها ما ذكرناه

(فصل) ويجوز ان يستأجر طبيبا ليداويه ، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لان ذلك انما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الاصل والله أعلم

إذن وليه فسرت جنايته ضمن لانه قطع غير ماذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لانه ماذون فيه شرعا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

يصح استئجار الراعي بغير خلاف علمناه وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت ذلك فانه لا يضمن ماتلف من الماشية إذا لم يتعد أو يفرط في حفظها لا نعلم فيه خلافا إلا ما روي عن الشعبي انه كان يضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد ولا تفريط كالمودع ولانه قبض العين بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة ، فاما ماتلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن الماشية أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف في ضربها أو يضربها في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو يسلك بها موضعاً تتعرض فيه التلف وأشباه هذا مما يعد تفريطا وتعديا فتتلف به فيضمنها لانها تلفت بعدوانه فضمنها كالمودع إذا تعدى ، فان اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لانه أمين وإن فعل فعلا اختلفا في كونه تعديا رجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد انه لا يقبل قوله ويضمن والصحيح الاول لان الامناء يقبل قولهم كالمودع ، ولانه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب أشبه المودع وكذلك اذا ادعى موتها ولم يأت بجلدها

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختان فان أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لانه من جنايته ، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء من الآدمي محرم في الاصل وانما أبيح اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلا لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصل) ومن استؤجر على عمل موصوف في الذمة كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ، ويفارق حبس الدابة مدة الاجارة لان المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا ضمان على الراعي اذا لم يتعد)

لا نعلم خلافا في صحة استئجار الراعي وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام انما

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة كانه شاة معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ، ويبطل العقد بتلفها فان تلف بعضها بطل العقد فيه وله أجر ما بقي بالحصة ، وإن ولدت لم يكن عليه رعي سخالها لانها زيادة لا يتناولها العقد ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لانها ليست المعقود عليها انما تستوفى المنفعة بها فأشبه مالو استأجر ظهراً ليركبه فله أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله وانما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا تجب له الاجرة اذا سلم نفسه وإن لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي. فعلى هذا له ابدالها بمثلها وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له ابداله .

(فصل) فان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلا أو بقراً أو غنما أوضأنا أو معزاً وان أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاتي لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفا إلا أن يقع العقد في مكان يتناولها الاسم فيحتاج الى ذكر نوع ما يرعاه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ويذكر الكبير والصغر فيقول كباراً أو صغاراً أو عجاجيل أو فصلانا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيكتفي بذلك ، ومتى عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة من سخالها ولا من غيرها ، وان أطلق ولم يذكر

آجر نفسه لرعاية الغنم . اذا ثبت هذا فانه لاضمان على الراعي فيما تلف من الماشية مالم يتعد ولا نعلم فيه خلافا إلا عن الشعبي فانه روي عنه أنه ضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع ولانها عين قبضها بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضربا يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو سلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطا وتعديا فتتلف به فعليه ضمانها لانها تلفت بعدوانه فضمنها كالمودع اذا تعدى ، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لانه أمين ، وإن فعل فعلا اختلفا في كونه تعديا رجع الى أهل الخبرة ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله ، والصحيح الاول لان الامناء تقبل أقوالهم كالمودع ولانه يتعذر عليه اقامة البينة في الغالب فأشبه المودع، كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجلدها

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة فذكر أصحابنا انه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ويبطل العقد بتلفها وان تلف بعضها بطل عقد الاجارة فيه وله أجر ما بقي

عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، والاول أصح لان العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً والعمل يختلف باختلافه

(مسألة) (واذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه) لانه لم يرهنه عنده ولا اذن له في امساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(مسألة) (فان أتلف الثوب بعد عمله خير المالك بين تضمينه اياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه اياه معمولا ويدفع اليه الاجرة)

وكذلك لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا أجرة له ، وبين تضمينه اياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجرة الى ذلك المكان ، وانما كان كذلك لانه اذا أحب تضمينه معمولا أو في المكان الذي أفسده فيه فلذلك لانه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وان أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لايلزمه قبل تسليمه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا أخطأ القصار فدفع الثوب الى غير مالكه فعليه ضمانه لانه فوته على مالكه قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه اذا علم أنه ليس بثوبه ويرده الى القصار ويطالبه بثوبه فان لم

منها بالحصة ، وان ولدت سخالا لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لانها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه جاز أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر دارا ليسكنها جاز أن يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ماهو مثلها في الضرر أو أدنى منها، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجر اذا سلم نفسه وان لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي. فعلى هذا له ابدالها بمثلها وان تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له ابداله وان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلا أو بقراً أوغنما أو ضأنا أو معزاً وان اطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاتي لان اطلاق الاسم لايتناولها عرفا وان وقع العقد في مكان يتناولها اطلاق الاسم احتاج الى ذكر نوع مايراه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ،ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخالا أوعجاجيل أو فصلانا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيغني عن الذكر ، واذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لامن سخالها ولا من غيرها،وان أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ،وقال القاضي يصح ويحمل على ماجرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها وهو قول بعض أصحاب الشافعي والاول أصح لان العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً اذ العمل يختلف باختلافه

بعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن أرش القطع وله مطالبته بثوبه ان كان موجوداً وان هلك عند القصار ضمنه في إحدى الروايتين لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لايضمنه لانه لايمكنه رده فأشبه مالو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها قال الاثرم سمعت أباعبدالله يسئل عن الذين يكرون الخيمة إلى مكة فتذهب من المكتري بسرق هل يضمن قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لايضمن ولا نعلم في هذا خلافا لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الامة ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها واذا انقضت المدة فعليه رفع يده عنها وليس عليه الرد أومأ اليه في رواية ابن منصور قيل له إذا اكترى دابة او استعار او استودع فليس عليه أن يحملها فقال أحمد من استعار شيئا فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الاجارة والوديعة ووجه ذلك أنه عقد لايقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة بخلاف العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها . وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه وهو قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكه أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها

(فصل فيما تجوز إجارته) تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الاصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح واشباه ذلك وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه وتجوز إجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد أنه قال في إجارة الحلي ما أدري ما هو ؟ قال القاضي هو محمول على إجارته باجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا باس به لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في إجارة الحلي والثياب ماهو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بانها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ماتجوز إجارته والزينة من المقاصد الاصلية فان الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى (لتركبوها وزينة) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ماحرمه على الرجال لحاجتهن الى التزين للازواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة إنما هو عوض

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، أما العارية فانها مضمونة بكل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها ومتى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ذلك لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستاجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى العقد وتفسد به الاجارة في أحد الوجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد فيما اذا اشترط ضمان العين الكراء والضمان مكروه ، روي الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا يكري بضمان إلا أنه من شرط على كري ألا ينزل بمتاعه بطن واد ولا يسير به ليلا مع اشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فاما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وان شرطه لم يصح لان مالا يجب ضمانه لا يصير مضموناً بالشرط وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : المسلمون على شروطهم وهذا يدل على وجوب الضمان بشرطه وسنذكر ذلك في العارية فاما ان أكراه عينا وشرط أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتاخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها وأشباه هذا مما فيه غرض فخالف ضمن لانه متعد لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه ألا يحمل الا قفيزاً فحمل قفيزين ، وحكم الاجارة الفاسدة حكم الصحيحة في أنه لا يضمن اذا تلفت العين من غير تفريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضي

المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد النقدين بالآخر لافضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم

(فصل) وتجوز اجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز اجارتها لان هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فاشبهت الحلي وفارق الشمع فانه لا ينتفع به الا بما أتلف عينه . اذا ثبت هذا فانه إن ذكر مايستأجره له وعينه فحسن ، وإن أطلق الاجارة فقال أبو الخطاب تصح الاجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لان منفعتهما في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقا فانه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها ، وقال القاضي لا تصح الاجارة وتكون قرضا وهذا مذهب أبي حنيفة لان الاجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير انما هو باعيانها فاذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد

وقال أصحاب الشافعي لا تصح الاجارة فلا تكون قرضا لان التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لان القرض تمليك للغير والاجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولان التسمية والالفاظ تؤخذ نقلا ولم يعهد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصح ان شاء الله لان العقد متى

الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان وعدمه حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ومالا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (اذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة او كبحها او الرائض الدابة لم يضمن)

وجملة ذلك ان للمستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة فقد صح أن النبي ﷺ نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يحرش بعيره بمحجنه ، وللرائض ضرب الدابة للتأدب وترتيب المشي والعدو والسير

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك المعلم إذا ضرب الصبي للتأديب)

قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومتى ضرب من هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يضمن ماتلف في الدابة وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وابو حنيفة يضمن لانه تلف بجنايته فضمن كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لانه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ولان الضرب معنى تضمنه الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لانه متعد ، وقول الشافعي يمكن التأديب بغير

أمكن حمله على الصحة كان أولى من افساده وقد أمكن حمله على اجارتها للجهة التي تجوز اجارتها فيها وقول القاضي لا يصح لان الاجارة انما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الأثمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك إذا كانت نابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في احداهما يجوز في الاخرى ولانها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولانها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدرس له طينا أو زرعا ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فاشبهت النخيل

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فاشبهت استئجار البقر لدياس الزرع

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل واقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرده لانها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من اخلاق وبلى

الضرب لا يصح فان العادة خلافه، ولو أمكن التأديب بغير الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ايلام لا حاجة اليه فان أسرف في هذا كله اوزاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لاعقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعد حصل التلف بعدوانه، وحكم ضرب الرجل امرأته في النشوز على ما ذكرنا قياسا على الصبي

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصا فالقول قول الخياط نص عليه)

اذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال أذنت لي في قطعه قميص امرأة قال بل أذنت لك في قطعه قميص رجل أو قال أذنت لي في قطعه قميصا قال بل قباء او قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهذا قول ابن أبي ليلى وقال مالك وابو حنيفة وابو ثور القول قول صاحب الثوب واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كالمذهبين ومنهم من قال له قول ثالث أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح ان القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب إذا قال : أذنت لي في البيع نساء فأنكره ولانهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ : لقد أذنت لي

(فصل) وتجوز اجارة الحائط ليضع عليها خشبا معلوما مدة معلومة ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الاجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه .

(فصل) ويجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لايصح لان فعل الصلاة لايجوز استحقاقه بعقد اجارة بحال فلا تجوز الاجارة لذلك

ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فانها لاتدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقي منها أياما معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الاباحة والله الموفق

(فصل) ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعا مباحا تجوز اعارته له فجازت اجارته له كالدابة وتجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز اجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك

(فصل) ومالا تجوز إجارته أقسام [أحدها] ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله ، لان الاجارة عقد على المنافع وهذه لاينتفع بها إلا باتلاف عينها فان

في قطعه قباء وصبغه أحمر ، ويسقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يجب بيمينه ، ولان النبي ﷺ قال: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فانما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا لقطعه قميصا أو صبغه أسود ، وأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب الخياط والصباغ أجر لانهما فعلا غير ما أذن لهما فيه ، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن احمد أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الاقبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم مانقص بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب الثوب تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته فعلى هذا يحلف رب الثوب ما اذنت لك في قطعه قباء ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه فاذا كان القباء مخيطا بخيوط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطا بلا عوض لانه عمل في ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لانها عين ماله ولا يلزمه

استأجر شمعة يسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لانه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان ، ولو استاجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لان ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزاً لينظر اليه ، وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدته ثم يرده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الاشياء ، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لانها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الابل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها

(فصل) ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه لانه انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فجاز كاجارة الظئر للرضاع والبئر ليستقي منها الماء ولانها منفعة تستباح بالاعارة فتستباح بالاجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

و لنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه وفي لفظ نهى عن ضراب الجمل ، ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كاجارة الغنم لأخذ لبنها

أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة فان اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لهما وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سله عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة إلى ذلك لانه انتفاع بملكه ، وحكم الصباغ في قلع الصبغ إن اختاره وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الصباغ على ما يأتي في بابه

قال شيخنا « والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم وما قاسوا عليه فيما إذا قال المضارب أذنت لي في البيع نساء فأنكر رب المال ان القول قول المضارب ممنوع

(فصل) اذا دفع إلى خياط ثوبا فقال : ان كان يقطع قميصا فاقطعه ، فقال : هو يقطع وقطعه ، فلم يكف ضمنه ، أو قال أنظر هذا يكفيني قميصا ؟ قال نعم ، قال اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المسئلتين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية .

و لنا أنه انما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية اذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغريره بل لعدم الاذن في قطعه لان اذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون اذا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية .

(فصل) فان أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا

وهذا أولى فان هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن في الضرع ، فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وان اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكتري فحلا لاطراق ماشية كثيرة كفحل يتركه في إبله أو تيس في غنمه فان هذا انما يكترى مدة معلومة ، والمذهب انه لا تجوز إجارته فان احتاج انسان الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه ، قال عطاء لا يأخذ عليه شيئا ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له، ولان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كشراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وإن أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فاهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا باس به لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية

(فصل) [القسم الثاني] ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كاجارة أمته للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز

ومقطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه ما لو قطعه من غير إذن وقيل يغرم ما بين قميص رجل وقميص امرأة لانه مأذون في قميص في الجملة والاول أصح لان المأذون فيه قميص موصوف بصفة فاذا قطع قميصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بابتداء القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) إذا دفع إلى حائك غزلا فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لانه غير مأمور بها وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها فاما ما عدا الزائد فينظر فيه فان كان جاءه زائدا في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ما سمى له من الاجر كما لو استأجره أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين وإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لامر المستأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ما أمر به فاشبه زيادة الطول ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض فاما ان جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضا وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لانه مخالف للأمر به فاشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع (والثاني) له بحصته

ولنا انه انتفاع بمحرم فاشبه ماذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك . ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ولا على حمل خنزير ولا ميتة لذلك وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز ولانه لو قصد إراقته او طرح الميتة جاز

وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً أو ميتة أو خمراً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراء فإذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الاجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ولان النبي ﷺ لعن حاملها والمحمولة اليه . وقوله لا يتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لاراقتها والميتة لطرحها والاستئجار لكنف فجائز لان ذلك كله مباح وقد استأجر النبي ﷺ أبا طيبة لحجمه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤاجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر

(فصل) ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روي عن ابن عباس أن رجلا

من المسمى كمن استؤجر على ضرب ابن فضرب بعضه ويحتمل انه ان جاء به ناقصاً في العرض فلا شيء له وإن كان ناقصاً في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصا في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضعين يتخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد وبحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله ولنا انه وجد عين ماله فلم يكن له مطالبته بعوض كما لو جاء به زائداً في الطول وحده فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب صفيقا فنسجه خمسة عشر فصار خفيفا أو بالعكس فلا أجر له بحال وعليه ضمان نسج الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا اختلف المتكاريان في قدر الاجر فقال أجرتنيها سنة بدينار قال بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد وان فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

حج ثم أتاه فقال اني رجل أكنس فما ترى في مكسبي ؟ قال أي شيء تكنس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث أو نحو هذا ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولان فيه دناءة فكره كالحجامة فاما الاجارة في الجملة فجائزة لان الحاجة داعية اليها فلا تندفع بدون إباحة الاجارة فوجب اباحتها كالحجامة

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال ابو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه صاحباه واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ولو اكترى ذمي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثوري ، وقال أصحاب الرأي ان كان بيته في السواد والجبل فله أن يفعل ماشاء

ولنا أنه فعل محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

(فصل) القسم الثالث ما يحرم بيعه الا الحر والوقف وأم الولد والمدبر فانه يجوز اجارتها وان حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز اجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الناد والبهيمة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فانه لا تجوز اجارته

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله ، وقال أبو ثور القول قول المستأجر لانه منكر للزيادة في الاجر والقول قول المنكر

ولنا ان الاجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما في عرضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « إذا اختلفا المتبايعان فالقول ماقال البائع » وهذا يحتمل أن يتناول ما اذا اختلفا في المدة وأما إذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) فان اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعتك هذا العبد بمائة فقال بل هذين العبدين بمائتين ، وإن قال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينار فههنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة فيتحالفان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار، فقال احمد القول قول رب الدار الا أن تكون للساكن بينة وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجاره للساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه ويجب على الساكن أجر المثل

لانه لا يمكن تسليم المعقود عليه وإن كان مما تجهل صفته فانه لاتجوز اجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم ، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد ، ولا تجوز اجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعا مباحا تجوز له اعارته فجازت اجارته كغيره ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولا تجوز اجارة مالا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أولم يجز مثل أن يغصب منفعته بأن يدعي انسان ان هذه الدار في اجارته عاما ويغلب صاحبها عليها فانه لا تجوز اجارتها في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه ، قال أصحابنا ولاتجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلاأن يؤجر الشريكان معا ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب وذلك لانه لايقدر على تسليمه الا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك ، وقد أومأ اليه احمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لانه معلوم يجوز بيعه فجازت اجارته كالمفروز ولانه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولانه يجوز اذا فعله الشريكان معا فجاز لاحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع ، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة المغصوب من غاصبه دون غيره ، وان كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لانه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر المستأجر الاول صح فانه يمكنه تسليمه اليه وإن آجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسئلة التي قبلها لانه لا يمكنه تسليم ما أجره اليه وان أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لانه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما اليه

(فصل) فان اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لانه أمين فاشبه المودع ولان الاصل عدم العدوان والبراءة من الضمان وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فالقول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه اذا حلف أنه ما انتفع بها لان الاصل عدم الانتفاع وعنه القول قول المؤجر لان الاصل السلامة فأما ان ادعى أن العبد مرض في يده فان جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وان جاء به مريضا فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة لانه اذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الاصل وليس معه دليل عليه وان جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الاصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لانه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك لو ادعى اباقه في حال اباقه ونقل اسحاق بن منصور عن احمد أنه يقبل قوله في اباق العبد دون مرضه ، وبه قال الثوري واسحاق قال أبو بكر وبالاول أقول لانهما سواء في تفويت منفعته فكانا سواء في دعوى ذلك وان هلكت العين فاختلفا فى وقت هلاكها أو أبق العبد أومرض واختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر لان الاصل عدم العمل ولان ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) قال المصنف رحمه الله (وتجب الاجرة بنفس العقد الا أن يتفقا على تأخيرها)

متى أطلق العقد في الاجارة ملك المؤجر الاجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان . (أحدهما) لا تصح اجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك اجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وابتذاله بالثمن في البيع والاجر في الاجارة . و (الثاني) تجوز اجارته وهو مذهب الشافعي لانه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت فيه الاجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز اجارتها ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز اجارتها لانه علل منع اجارة المصحف بانه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر الى عمله وتصاويره أو شمعا ليتجمل به

ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج اليه وتجوز الاعارة له فجزت اجارته كسائر المنافع وفارق النظر الى السقف فانه لاحاجة اليه ولاجرت العادة بالاعارة من أجله وفي مسئلتنا يحتاج الى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه

(فصل) ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه تجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الاجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الاجارة واستخدامه والبيع لايتعين فيه ذلك فاذا منع منه فلان

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها قال أبو حنيفة الا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) امر بايتائهن بعد الرضاع وقال النبي ﷺ « يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعده على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل دل على انها حالة الوجوب وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل ان يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لانه يتسلمها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا فأما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الارضاع أو تسليم نفسها كقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمثيل بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه أن الامر بالايتاء في وقت لايمنع وجوبه قبله كقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه انما توعد على ترك الايفاء بعد الفراغ من العمل وقد

يمنع من الاجارة أولى ، فأما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره وكذلك الانصاري ، ولانه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الاثرم وإن كان في عمل شيء جاز

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى مارواه الاثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ماذكرنا وكلام أحمد انما يدل على خلاف ماقاله فانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل ويفارق البيع فان فيه اثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجوز وذلك لان ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت

(فصل) القسم الرابع القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القربة يعني أنه يشترط كونه مسلما

فلم يجب الاجر شيئاً فشيئاً ويحتمل أنه توعده على ترك الوفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة جواب آخر أن الاية والاخبار انما وردت فيمن استؤجر على عمل فأما ان وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به

﴿مسئلة﴾ (ولا يجب تسليم اجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه)

اذا استؤجر على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل، وان استؤجر كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال أبو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق التسليم ويستقر بمضي المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في البيع وفارق الاجارة على الاعيان لان تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها ومتى كانت على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمنع هذا كما لو شرط التعجيل وكانت الاجرة عينا فاما ان شرط التأجيل في الاجر فهو على ما شرط وان شرط منجما يوماً يوماً أو شهراً شهراً فهو على ما شرطاه لان إجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال ومؤجل كذلك إجارتها ، وفيه وجه آخر ان الاجارة على المنفعة في الذمة لا يجوز تأجيل عوضها كالسلم

كالامامة والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري وكره الزهري واسحاق تعليم القرآن بأجر

وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت ، وممن كره أجرة التعليم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب

ونقل أبو طالب عن أحمد انه قال التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى بامانات الناس ، التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منا في موضع منعه للكراهة لا للتحريم

وممن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لان رسول الله ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه وإذا جاز تعليم القرآن عوضا في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة وقد قال رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » حديث صحيح ، وثبت ان أبا سعيد رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فاتوا به رسول الله ﷺ فاخبروه وسألوه فقال « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لي معكم بسهم » وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه في

(فصل) إذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع وان تسلم العين المستأجرة ومضت المدة لامانع له من الانتفاع استقرت الاجرة أيضاً وان لم ينتفع لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع إذا تلف في يد البائع فان كانت الاجارة على عمل فسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة قضت وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على المنفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر في الاجير المشترك وان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده وان بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره وقال أبو حنيفة لا أجر عليه قال شيخنا وهو الصحيح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق اذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها

معناه ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد والقناطر ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه يحتاج الى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه ، ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال ان آخر ما عهد الي النبي ﷺ أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال علمت ناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة فاهدى إلي رجل منهم قوسا ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺ وقص عليه القصة ، قال « إن سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب انه علم رجلا سورة من القرآن فاهدى اليه خميصة أو ثوبا فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار » وعن أبي قال كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمي بطعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحفك به فلا تاكله » وعن عبد الرحمن بن شبيل الانصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرؤا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تاكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه ، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الاجر عليها ، كما لو استاجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح ، فاما الاخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا باس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا انقضت الاجارة وفي الارض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضاء الاجل فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة أو قلعه وضمان نقصه وان اشترط القلع لزمه ذلك ولا يلزمه تسوية الارض إلا بشرط)

اذا استأجر أرضاً للغراس أو للبناء سنة صح لانه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس والبناء عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يغرس قبل انقضاء المدة فاذا انقضت لم يكن له أن يغرس ولا أن يبني لزوال عقده فاذا انقضت السنة وكان قد شرط القطع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه وليس على صاحب الارض غرامة نقصه ولا على المستأجر تسوية الحفر واصلاح الارض لانهما دخلا على هذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه وان اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز اذا شرطا مدة معلومة وكذلك لو اكترى الارض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر، وان أطلق العقد فللمكتري القلع لانه ملكه فله أخذه كطعامه في الدار التي باعها واذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة هاهنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في

الاجر عليها والجعالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام «أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » يعني به الجعل أيضاً في الرقية ، لانه ذكر ذلك أيضاً في سياق خبر الرقية وأما جعل التعليم صداقاً ففيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال «زوجتكها على ما معك من القرآن » فيحتمل انه زوجه إياها بغير صداق اكراماً له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ، ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والاجر ان المهر ليس بعوض محض وانما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فاذا كان بذله لمن يتعدى نفعه الى المسلمين محتاجا اليه كان من المصالح وكان للآخذ له أخذه لانه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر

(فصل) فان أعطى المعلم شيئا من غير شرط فظاهر كلام احمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب ابن سافري لا يطالب ولا يشارط فان أعطي شيئا أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلم إذا شرط ، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط ، ولان ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام ووجه الاول قول النبي ﷺ « ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا اشراف نفس فخذه وتموله فانه رزق ساقه الله اليك » وقد أرخص النبي ﷺ لأبي في أكل طعام الذي كان يعلمه إذا كان طعامه وطعام أهله ، ولانه إذا كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً ، فأما حديث القوس

الارض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة وان أبى القلع لم يجبر عليه الا أن يضمن له المالك النقص فيخير حينئذ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه ان غير الظالم له حق وهذا غير ظالم ولانه غرس باذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فانه لا يقتضي التأبيد فان قيل فان كان أطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده قلنا إنما اقتضى التأبيد من حيث أن العادة في الغراس التبقية فاذا أطلقه حمل على العادة واذا شرط خلافه جاز كما إذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة سيراً يخالف العادة اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه لان الضرر يزول عنهما به أشبه الشفيع في غراس المشتري (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرش نقصه لذلك (الثالث) أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل ، وبهذا قال الشافعي لان الضرر يزول عنهما بذلك وقال

والخميصة تقضيتان في عين فيحتمل ان النبي ﷺ علم انها فعلا ذلك لله خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك، وإن أعطي المعلم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال ان كان المعطي ينوي أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر مايجوز الاستئجار عليه ، وهكذا لو كان إمام المسجد قيما له يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحج من أبيه فدفع له أجر الخدمة لم يمتنع ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) ومالا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخذ الاجر عليه لانه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت ، وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما مالا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه ، وحجه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عليها بغير خلاف لان الاجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

(فصل) اذا اختلفا في قدر الاجر فقال أجرتنيها سنة بدينار قال بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

مالك يتخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين والاول أصح فان اتفقا على بيع الغرس والبناء للمالك جاز وان باعهما صاحبهما لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم مقام البائع فيهما وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : ليس له بيعهما لغير مالك الارض لان ملكه ضعيف بدليل ان لصاحب الارض تملكه عليه بالقيمة بغير رضاه

ولنا انه ملك له يجوز بيعه لمالك الارض فجاز لغيره كالشقص المشفوع وبهذا يبطل ما ذكروه فان للشفيع تملك الشقص بغير رضى المشترى ويجوز بيعه لغيره

(فصل) فان شرط في العقد تبقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن يبطل العقد لانه شرط ماينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لايكمل قبل انقضاء المدة ولان الشرط باطل بدليل أنه لايجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وان كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة وان كان بغير تفريط لزم تركه بالاجرة)

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة ان لم يكن عمل العمل ، وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال ابو ثور القول قول المستأجر لانه منكر للزيادة في الاجر والقول قول المنكر

ولنا أن الاجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به اذا اختلفا في المدة وأما اذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) وان اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما انكره كما لو قال بعتك هذا العبد بمائة قال بل هذين العبدين وان قال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة جميعا فيتحالفان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار ، فقال الساكن بل استاجرتني على حفظها بدينار فقال أحمد القول قول رب الدار الا ان تكون للساكن بينة ، وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها ، والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه

(فصل) وان اختلفا في التعدي في العين المستاجرة فالقول قول المستاجر لانه مؤتمن عليها فاشبه المودع ولان الاصل عدم العدوان والبراءة من الضمان . وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة

اذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين

(أحدهما) أن يكون لتفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب ، يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالاجرة لما زاد على المدة لانه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه وان اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض وان اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس المذهب ماذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريطه مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فيلزم المؤجر تركه بالاجرة الى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ولنا ان الزرع حصل في أرض غيره باذنه من غير تفريط فله تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع وقولهم إنه مفرط لا يصح لان هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها

شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمد روايتان [احداهما] أن القول قول المستاجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف انه ما انتفع بها لان الاصل عدم الانتفاع [والثانية] القول قول المؤجر لان الاصل السلامة، فاما ان ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا فان جاء به صحيحا فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أوخالفه نص عليه أحمد وان جاء به مريضا فالقول قول المستاجر وهذا قول أبي حنيفة لانه اذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الاصل وليس معه دليل عليه وان جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الاصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لانه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك إن ادعى إباقه في حال إباقه أوجاء به غير آبق

ونقل اسحاق بن منصور عن أحمد انه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه وبه قال الثوري واسحاق ، قال أبو بكر وبالاول أقول لانهما سواء في تفويت منفعته فكانا سواء في دعوى ذلك ، وان هلكت العين فاختلفا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستاجر لان الاصل عدم العمل ولان ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) اذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم انك انما تعمل باجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الاجر ، وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما

وفي زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الاجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق ، فان زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال اذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة

(فصل) اذا اكترى الارض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن اكترى خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في ستة نظرنا فان شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لا يفضي الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما التزم ، وإن أطلق العقد ولم يشرط شيئاً احتمل أن يصح لان الانتفاع في هذه المدة ممكن .واحتمل انه أمكن أن ينتفع بالارض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط ودونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه قصيلا صح لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وإن لم يكن كذلك لم يصح لانه اكترى للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيه فأشبه إجارة السبخة له ، فان قلنا يصح فاذا انقضت المدة ففيه وجهان : أحدهما حكمه حكم زرع المستأجر لما لا تكمل مدته لانه ههنا مفرط واحتمل أن يلزم المكري تركه لان التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لانه جمع بين متضادين فان تقدير المدة

فاشبه مالو تبرعا بعمله . ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة مع ملاح ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، فاما ان لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً الا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكه ولو دفع ثوبا الى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم في القصار والخياط : ان كان منتصبا يبيع للناس باجر فله أجر مثله ، نص عليه أحمد وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحدهؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب تختلف أجرتها ولم يعين شيئا فجرى مجرى الاجارة الفاسدة فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في فاسده وان تلف من فعله بتخريقه أو دقه ضمنه لانه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح ففي الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوبا الى قصار ليقصره ولم يقطع له أجرا بل قال أنا أعطيك كما تعطى وهلك الثوب فان كان بحرق أو نحوه مما لا تجنيه يده فلا ضمان عليه بين الكرا أو لم يبين والعلة في ذلك ما ذكرناه

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا الى مكة أو غيرها الى صاحب له فحمله فوجد صاحبه غائبا فرده استحق الاجر بحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحاً وفي الرد تضمينا لان تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده إذ ليس سوى رده الا تضييعه فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده والله أعلم

يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كالتي تقدمت

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا تسلم العين بالاجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن)

اذا قبض العين في الاجارة الفاسدة ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن ففيه روايتان: إحداهما عليه أجرة المثل لمدة بقائها في يده وهذا مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاها (والثانية) لاشيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضه كالنكاح الفاسد . فأما إن بذل له التسليم في الاجارة الفاسدة فلم يتسلمها فلا أجر عليه لان المنافع لم تتلف تحت يده ولا في ملكه ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على ان المنافع لا تضمن إلا بالعقد . ولنا ان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالاعيان وما ذكروه غير مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (اذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم)

لان العقد اذا انفسخ رجع كل واحد من المتعاقدين في العوض الذي بذله وعوض العقد هو الدراهم فكان الرجوع بها والدنانير انما أخذها المؤجر بعقد آخر سوى الاجارة ولم ينفسخ فأشبه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بالدنانير .

كتاب احياء الموات

الموات هو الارض الخراب الدارسة تسمي ميتة وموتاً وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الارض ماروى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرض ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم ، وروى أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسئلة) قال أبو القاسم (ومن أحيا أرضا لم تملك فهي له)

وجملته أن الموات قسمان (أحدهما) مالم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء والاخبار التي رويناها متناولة له (القسم الثاني)

باب احياء الموات

وهي الارض الداثرة التي لا يعلم أنها ملكت والموات الارض الدارسة تسمى ميتة وموتاً وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني عمي القلب لا يفهم والاصل في إحياء الموات ماروي جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قال « من أحيا ارضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروي سعيد ابن زيد ان النبي ﷺ قال «من أحيا ارضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم وروى أبو عبيد فى الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ «من أحيا أرضاً ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة وقضى بذلك عمر بن الخطاب فى خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسئلة) (فان كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك ففيه روايتان)

وجملة ذلك أن الموات قسمان (أحدهما) مالم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء لان الاخبار المروية متناولة له (القسم الثاني) ما جرى

ماجرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ماملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف، وقال ابن عبدالبر أجمع العلماء على أن ماعرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياؤه لاحد غير أربابه الثاني ماملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء، وقال مالك يملك هذا لعموم قوله « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالاحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيا أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « وليس لعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها ذكره سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع ولان سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وماذكروه يبطل بالموات اذا أحياه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وباللقطة اذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) مايوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء لان ذلك الملك لا حرمة له وقد روي عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال « عادي الارض

عليه ملك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف قال ابن عبد البر اجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احياؤه لاحد غير أربابه (الثاني) ما ملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا فهو كالذي قبله سواء وقال مالك تملك لعموم قوله « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالاحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيا أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله « من غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها رواه سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع ولان سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وما ذكروه يبطل بالموات اذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتا وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء في أظهر الروايتين لما ذكرنا من الاحاديث ولان ذلك الملك لا حرمة له لما روي طاوس عن

لله ولرسوله ثم هو بعد لكم » رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وانما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم ، ويحتمل أن كلما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل ان المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه

(النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الخرقي أنها لا تملك بالاحياء وهو أحد الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيا أرضاً مواتا في غير حق مسلم فهي له » فقيده بكونه في غير حق مسلم ، ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز إحياؤها كما لو كان معينا فان مالكها إن كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثها المسلمون

(والرواية الثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ، ولانها ان كانت في دار الاسلام فهي كلقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام لعموم الاخبار ، ولان عامر دار

النبي ﷺ أنه قال « عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد » رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فينسب كل أثر قديم اليهم والرواية الثانية لا تملك لانها إما لمسلم أو ذمي أو بيت المال أشبه مالو تعين مالكه قال شيخنا ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفا بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه (النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الخرقي أنه لا يملك بالاحياء وهو احدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحرث لما روي كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيا أرضا مواتا في غير حق مسلم فهي له » فقيده بكونه في غير حق مسلم ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز احياؤها كما لو كان معينا فان مالكها ان كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثه المسلمون (والثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهي مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم باعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ولانها ان كانت في دار الاسلام فهي كلقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز

﴿مسئلة﴾ (ومن أحيا أرضا ميتة فهي له للاخبار التي رويناها مسلما كان أو كافراً في دار الاسلام وغيرها)

الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فأما ما عرف انه كان مملوكا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين ، فان قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ولرسوله » ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ما قدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه فاما ماقرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فلهذا قلنا لا يملك على إحدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قال مالك وابو حنيفة ، وقال مالك لايملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قال القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي ﷺ « موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولان موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كرافق المملوك

ولنا عموم قول النبي « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لانعرفه انما نعرف قوله «عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد ، ومن أحيا مواتا من الارض فله رقبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري

لعموم الاخبار ولان عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم فاما ماعرف أنه كان مملوكا في دار الحرب ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين فان قيل هذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد» ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ماتقدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه فاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فلهذا قلنا لا يملك على احدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا بخالف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قال القاضي وهذا مذهب جماعة من أصحابنا لقول رسول الله ﷺ « موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين ولان موتان الارض من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كرافق المملوك

ولنا عموم قوله عليه السلام « من احيا أرضا ميتة فهي له» ولان هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله « عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد ومن احيا مواتا من الارض فله رقبتها » هكذا روي سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس

عليه أحكامها وقولهم انها من حقوق الاسلام قلنا وهو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهي من مرافق دار الاسلام

(فصل) وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز احياؤه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالاحياء ولا نعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم، وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لايجوز احياء ماتعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه ان ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا احياءه لبطل الملك في العامر على أهله، وذكر القاضي ان هذه المرافق لا يملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها، وقال الشافعي : يملك بذلك وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر لانه مكان استحقه بالاحياء فملكه كالمحيي، ولان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها، فاما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه ففيه روايتان (احداهما) يجوز احياؤه، قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين احييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه، وقال في جبانة بين قريتين: من أحياها فهي له، وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان النبي

عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري عليه أحكامها وقولهم إنها من حقوق دار الاسلام قلنا هو من أهل الدار فيملكها كما يملكها بالشراء ولانه يملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهي من مرافق دار الاسلام فكذلك الموات

(مسألة) (ويملكه باذن الامام وغير اذنه)

وجملة ذلك أن احياء الموات لا يفتقر إلى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتقر إلى اذن لان للامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل من تحجر مواتا فلم يحيه فانه يطالبه بالاحياء أو الترك فافتقر إلى اذنه كمال بيت المال

ولنا عموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها إلى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولم يفتقر ذلك الى اذنه وأما مال بيت المال فهو مملوك للمسلمين وللامام تعيين مصارفه وترتيبها فافتقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كسائر المباحات

(مسألة) (الا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها)

ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز احياؤه كالبعيد (والرواية الثانية) لا يجوز احياؤه ، وبه قال أبو حنيفة والليث لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل أن يحتاج الى فتح باب في حائطه الى فنائه ويجعله طريقا أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء في فنائه وغير ذلك ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد

اذا ثبت هذا فانه لا حدّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف ، وقال الليث : حده غلوة وهي خمس الفرسخ . وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه

ولنا أن التحديد لا يعرف الا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالقبض والاحراز . وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشيء آخر كميل ونصف ميل ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذي ذكراه — والله أعلم — مختص بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيا أرضا في موات حرم احياء شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

(فصل) وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه

وجملة ذلك أن جميع البلاد فيما ذكرنا سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة ، وما صولح أهله على أن الارض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الارض لهم ولنا الخراج عنها فان أصحابنا قالوا لو دخل اليها مسلم فاحيا فيها مواتا لم يملكه لانهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتا لان الموات تابع للبلد فاذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لان دار الحرب على أصل الاباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولانها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب

وقد روي عن أحمد أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق قال القاضي هو محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب حين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلا سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا واذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لان مادثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتا على إحدى الروايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وماقرب من العامر وتعلق بمصالحه لا يملك بالاحياء فان لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين)

كالمدينة وما صولح أهله على أن الارض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الارض لهم ولنا الخراج عنها فان أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتا لم يملكه لانهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتا لان الموات تابع للبلد فاذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لان دار الحرب على أصل الاباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم فحرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولانها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب ، وقد روي عن أحمد انه ليس في السواد موات يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا ان رجلا منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال انما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لان ما دثر من املاك المسلمين لم يصر مواتا على احدى الروايتين

(فصل) وان تحجر مواتا وهو أن يشرع في أحيائه مثل ان أدار حول الارض ترابا اوأحجاراً او حاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » رواه ابو داود فان

كل ماتعلق بمصالح العامر من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته لايجوز احياؤه بغير خلاف في المذهب وكذلك ماتعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لايملك بالاحياء لا نعلم فيه أيضاً خلافا بين أهل العلم وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لايجوز احياء ماتعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه أن ماتعلق به حق مسلم لايملك بالاحياء ولانه تابع للمملوك ولو جوزنا أحياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي أن هذه المرافق لايملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها : وقال الشافعي تملك بذلك وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر لانه مكان استحقه بالاحياء فملكه كالمحيي ، ولان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فأما ماقرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز احياؤه في إحدى الروايتين . قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه ، وقال في جبانة بين قريتين: من أحياها فهي له وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة ، ولانه موات لم تتعلق به مصلحة العامر فجاز احياؤه كالبعيد

(والثانية) لايجوز احياؤه وبه قال أبو حنيفة والليث لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل

نقله الى غيره صار الثاني بمنزلته لان صاحبه أقامه مقامه ، وان مات فوارثه أحق به لقول النبي ﷺ «من ترك حقا او مالا فهو لورثته» فان باعه لم يصح بيعه لانه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به وكمن سبق الى معدن او مباح قبل أخذه قال ابو الخطاب ويحتمل جواز بيعه لانه له فان سبق غيره فأحياه ففيه وجهان (أحدهما) انه يملكه لان الاحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون مالم يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه . (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه السلام «من أحيا أرضا ميتة ليست لاحد» وقوله - في حق غير مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» وروى سعيد في سننه ان عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض يعني من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، وهذا يدل على ان من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني أحيا في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ماتتعلق به مصالح ملك غيره ولان حق المتحجر أسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري ، فان طالت المدة عليه فينبغي أن يقول له السلطان إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، فان سأل الامهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك، فان أحياه غيره في مدة المهلة ففيه الوجهان

أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه الى فنائه ويجعله طريقا أو يخرب حائطه فيجعل آلات البناء في فنائه وغير ذلك فلم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد . اذا ثبت هذا فانما يرجع في القريب والبعيد إلى العرف ، وقال الليث حده غلوة وهو خمس خمس الفرسخ ، وقال أبو حنيفة حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه (والثاني) أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع تحديد له فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالقبض والاحراز فقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل وليس ذلك بأولى من تحديده بشيء آخر كميل أو نصف ميل وهذا التحديد الذي ذكره والله أعلم يختص بما قرب من المصر أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حداً لكل ماقرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيا أرضا في موات حرم احياء شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

﴿ مسألة ﴾ (ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقار ، والكحل والجص ، والنفط بالاحياء وليس للامام اقطاعه)

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل الى مافيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والموميا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين واشباه ذلك لا يملك بالاحياء ولا يجوز اقطاعه لاحد من الناس ولا احتجاره دون المسلمين لان فيه ضرراً

اللذان ذكرناهما ، وإن انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمر. ويملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان في عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها فان لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه ان من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ماذكرنا

(فصل) وللامام اقطاع الموات لمن يحييه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع في الاحيا لما روي ان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيق أجمع فلما كان عمر قال لبلال ان رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس انما أقطعك لتعمر فخذ منها ماقدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الاموال وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول ان رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيق ، فلما ولي عمر بن الخطاب قال ماأقطعك لتحتجنه فاقطعه الناس ، وروى علقمة بن وائل عن أبيه ان النبي ﷺ أقطعه أرضا بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح : وقال سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب ان رسول الله ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ الى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر

بالمسلمين وتضييقا عليهم ، ولما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي باسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بمأرب فلما ولى قيل يارسول الله أتدري ماأقطعت له انما أقطعته الماء العد فرجعه منه ، قال قلت يارسول الله مايحمى لي من الاراك ؟ قال « مالم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب

ورواه سعيد قال حدثني اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال : استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بمأرب فاقطعنيه فقيل يارسول الله انه بمنزلة الماء العد يعني انه لاينقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياؤه ولا اقطاعه كمشارع الماء وطرقات المسلمين . قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لاغناء عنه ، ولو ملكه أحد بالاحتجار ملك منعه فضاق على الناس ، فان أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله به من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لايوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فان كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم يملكها بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب

لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها، ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها

﴿مسئلة﴾ قال (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الانسان)

وجملة ذلك ان المعادن الظاهرة وهي التي يوصل مافيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والمومياء والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لاتملك بالاحياء ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لان فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقا عليهم ولان النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العد رده، كذا قال أحمد . وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي باسنادهم عن أبيض بن حمال انه استقطع رسول الله ﷺ الملح بمأرب فلما ولى قيل يارسول الله أتدري ما أقطعت له؟ انما أقطعت له الماء العد فرجعه منه، قال قلت يارسول الله مايحمى من الاراك؟ قال « مالم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب، وروي في لفظ عنه انه قال « لا حمى في الاراك » ورواه سعيد فقال حدثني إسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استقطعت رسول الله

الشافعي ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول الشافعي لانه موات لاينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك الاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا أحياها بماء أو حائط ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحيي الانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع، فان قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا، قال أصحابنا وليس للامام اقطاعها لانها لاتملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها . رواه أبو داود وغيره

﴿مسئلة﴾ (فان كان بقرب الساحل موضع)

اذا حصل فيه الماء صار ملحا ملك بالاحياء وللامام اقطاعه لايضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات وأحياء هذا تهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا للانتفاع به

﴿مسئلة﴾ (واذا ملك المحيي ملك مافيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة)

اذا ملك الارض بالاحياء فظهر فيها معدن جامد ملكه ظاهراً كان أو باطنا لانه ملك الارض

ﷺ معدن الملح بمأرب فأقطعه، فقيل يارسول الله انه بمنزلة الماء العد يعني انه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياؤه ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين، قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس فان أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فاذا كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة الى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا جاءها بماء أو حاطها، ووجه الاول ان الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيأ بها المحيي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع فان قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافترقا. قال أصحابنا وليس الامام اقطاعها

بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لانه قطع على المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر باظهاره، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها كان له احياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه

(مسئلة) (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلأ أو شجر فهو أحق به لانه في ملكه)

ويملكه في إحدى الروايتين لانه خارج من أرضه أشبه المعادن الجامدة والزرع (والثانية) لا يملكه وهي أصح لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال ولانها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز

(مسئلة) (ويلزمه بذل ما فضل من مائه لبهائم غيره)

لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين (احداهما) لا يلزمه لان الزرع لا حرمة له في نفسه (والثانية) يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الماء » رواه أبو داود

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في

لانها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها رواه أبو داود وغيره

(فصل) ومن أحيا أرضا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطنا اذا كان من المعادن الجامدة لانه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر باظهاره له ، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها لكان له إحياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق به بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه

وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه ؟ فيه روايتان (أظهرهما) لا يملكها لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال ، ولانها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز (والثانية) يملكها لانها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء ، فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقيما على الاخذ منه وهل يملكه بذلك ؟ فيه

الاحياء ، فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقيما على الاخذ منه وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل فان حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه واذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه إن ملكه فانما يملك المكان الذي حفره . وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ماهو من أجزاء أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخلا في أرضه من أجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم يصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملك بذلك ولو ملكه فان الارض تصير كلها وقفا للمسلمين وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصله منه فهو لمالكه ولا أجر للغاصب على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه فهو كما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك وليس لصاحب المعدن فيه شيء لانه اباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه الاخذ من بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان

مالك ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه ، واذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه إن ملكه فانما يملك المكان الذي حفره وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ماهو من اجزاء ارضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخلا في أرضه من أجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم تصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملكه بذلك ولو ملكه فان الارض كلها تصير وقفا للمسلمين وهذا ينصرف الى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنا ظاهراً كموضع على شاطىء البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملحا ملك بالاحياء وجاز للامام اقطاعه لانه لا يضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا الانتفاع به

(فصل) ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو لمالكه ولا أجر للغاصب على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه مالو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعمل فيه ولك

(أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الاثمان (والثاني) لا يصح لان ما يحصل منه مجهول ولانه لا يصح أن يكون اجارة لان العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لان العوض مجهول ولا مضاربة لان المضاربة انما تصح بالاثمان على أن يرد رأس المال ويكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا ولك مايحصل منه بشرط أن تعطيني ألفا أو شيئا معلوما لم يصح لانه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معلوما كالمضاربة لما ذكرنا ولان المضاربة تكون بجزء من النماء لا دراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدنا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي من أو ألف من صفر فذلك مكروه ولم يرخص فيه

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وإن قال ان استخرجته فلك دينار صح وتكون جعالة لان الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوما

(فصل) وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال أحمد في رواية العباس بن موسى اذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع يعني أنه

مايخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لانه إباحة من مالكه فملك ماأخـذه كما لو أباحه الاخذ من داره أو بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل فيه وجهان (أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الأثمان (والثاني) لا يصح لان مايحصل منه مجهول ، ولانه لا يصح أن يكون اجارة لان العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لان العوض مجهول ولا مضاربة لان المضاربة انما تصح بالاثمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا ولك مايحصل منـه بشرط أن تعطيني ألفا أو شيئا معلوما لم يصح لانه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لمـا ذكرنا ولان المضاربة تكون بجزء من النماء لادراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدنا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي منا وألف منا صفراً فذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق

(فصل) اذا استأجر رجلا ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وإن قال إن استخرجته

يرجع الى ذلك المكان فاذا وجده مبنياً رجع الى الجانب الآخر فاضر باهله ولان الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرى مجرى المعادن الظاهرة وقد قال النبي ﷺ «لاحمى الا في الاراك» قال أحمد في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت فى الجزائر من النبات وقال اذا نضب الفرات عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول مالكه بغلبة الماء عليه فان كان ما نضب عنه الماء لاينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لاترد الماء مثل ان يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات

(فصل) قال رحمه الله (وإحياء الارض أن يحوزها بحائط أو يجري لها)

ظاهر كلامه ههنا أن تحويط الارض إحياء لها سواء أرادها للبناء او للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب وهو ظاهر كلام الخرقي نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال الاحياء أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روي الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من أحاط حائطا على أرض فهي له» رواه أبو دواد والامام أحمد في مسنده وروي عن جابر عن النبي ﷺ مثله ولان الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم كما لو جعلها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فانه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع

فلك دينار صح ويكون جعالة لان الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوما

(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو له » فان أخذ قدر حاجته وأراد الاقامة فيه بحيث يمنع غيره منع منه لانه يضيق على الناس مالا نفع فيه فأشبه مالو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة ، وإن أطال المقام والاخذ احتمل أن يمنع لانه يصير كالمتملك له واحتمل أن لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق اليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد تساويا فيه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عينا في أيديهما ولا بينة لاحدهما بها ويحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما لان له نظراً ، وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

(فصل) وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال احمد في رواية العباس بن موسى إذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرراً وهو ان الماء يرجع يعني انه يرجع إلى ذلك المكان فاذا وجده مبنيا رجع الى الجانب الآخر فأضر بأهله ولان الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبي ﷺ « لا حمى في الاراك » وقال احمد في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ماينبت في الجزائر من النبات ، وقال اذا نضب الفرات

ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فان كان ممن جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل الغور كان ذلك احياء وان بناه بأقوى مما جرت به عادتهم كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احداهما) ماذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ماكان احياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ولان النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق الحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته اذ ليس له طريق سواه اذا ثبت هذا فان الارض تحيا دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فاحياء كل واحدة من ذلك بما تهيأ به للانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبأن يبني حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لانها لا تصلح للسكنى الا بذلك ، والحظيرة احياؤها بحائط جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لان العادة لم تجر به وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك فان جعل عليها خندقا لم يكن احياء لانه ليس بحائط ولا عمارة انما هو حفر وتخريب وكذلك ان حاطها بشوك وشبهه لا يكون

عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمع الناس منه فليس له ذلك فاما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وان كان مانضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لاترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات

(فصل) وما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لاحد احياؤه سواء كان واسعا او ضيقا وسواء ضيق على الناس او لم يضيق لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصالحهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ولانه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز قال احمد في السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبي ﷺ « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لاضرر فيه من بارية وتابوت وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه وليس له البناء لادكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويعثر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار ، ويبقى على الدوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به مادام

احياء ويكون تحجراً لان المسافر قد ينزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك ولو نزل منزلا فنصب فيه بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء .وان أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها فان كانت لا تزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وان كان المانع من زرعها كثرة الاحجار كأرض الحجاز فاحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها حتى تصلح للزرع وان كانت غياضاً أوأشجاراً كأرض الشعرى فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ،وان كانت مما لا يمكن زرعه الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى أرض لا ماء لها ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله بمجرده لما ذكرنا ،ولا يعتبر في احياء الارض للسكنى نصب الابواب على البيوت وبه قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها احياء لها وأن ذلك معتبر في احيائها لا يتم بدونه وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به أشبه السقف ولا يصح هذا لما ذكرنا ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها

(مسألة) (وان حفر بئراً عادية ملك حريمها خمسين ذراعا وان لم تكن عادية فحريمها خمسة وعشرون) البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد

فيه فان قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان يد الاول عليه، وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت، وان قعد وأطال منع من ذلك لانه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه، ويحتمل أن لايزال لانه سبق الى مالم يسبق اليه مسلم، وان استبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى عنهما، وان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للامام تمكينه بعوض ولا غيره. قال احمد ما كان ينبغي لنا أن نشتري من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق. قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم ذكرناه وقال لايعجبني الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء، قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) في القطائع وهي ضربان (أحدهما) اقطاع ارفاق وذلك اقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق اليها الجلوس فللامام اقطاعها لمن يجلس فيها لان له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لايجوز الجلوس الا فيما لايضر بالمارة فكان للامام أن يجلس فيها من لايرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير اقطاع سواء الا في شيء واحد وهو أن السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لان استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فاذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق

في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض تنسب اليها كل قديم، فكل من سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له» وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب، وان حفر بئرا في موات للتمليك فله حريمها خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب نص أحمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا، وقال القاضي وأبو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها في الحقيقة ما يحتاج اليه في ترقية مائها منها فان كان بدولاب فقدر مد الثور او غيره وان كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ماجه ولانه المكان الذي تمشي اليه البهيمة، وان كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج اليه الواقف عندها، وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستضر باخذه منه ولو كان الف ذراع، وحريم النهر من جانبيه مايحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف وذلك ان هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعا وحريم العين خمسمائة ذراع لان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «حريم البئر أربعون ذراعا لاعطان الابل والغنم» وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد.

ولنا ماروي أن الدارقطني والخلال باسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البئر العادي خمسون ذراعا» وهذا نص وروى ابو عبيد باسناده

به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه (الثاني) اقطاع موات من الارض لمن يحييها فيجوز ذلك لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضا فأرسل معاوية أن أعطه اياه او أعلمه اياه حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأبيض ابن حمال المأربي ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال «اعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وابو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال : دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يارسول الله ان فعلت فاكتب لاخواننا من قريش بمثلها ، وروي أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضا ، وان عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت ويروى عن نافع أبي عبدالله أنه قال لعمر ان قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر باحد من المسلمين فان رأيت أن تقطعنيها اتخذ فيها قضيلا لخيلي فافعل قال فكتب عمر الى أبي موسى ان كانت كما يقول فأقطعها إياه روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال ، وروى سعيد عن سفيان عن ابن نجيح عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ اقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضا. اذا ثبت هذا فان من أقطعه الامام شيئا

عن يحيى بن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا والبدي خمس وعشرون ذراعا وباسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادي خمسون ذراعا من نواحيها كلها ، ولانه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج الى ما حوله عطناً لابله وموقفاً للدوابه وغنمه وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقي منها ماشيته وموقفاً لدابته التي يستقي عليها واشباه ذلك فلم يختص الحريم بما يحتاج اليه في ترقية الماء فأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ورواها أبو هريرة فيدل على ضعفه

﴿ مسئلة ﴾ (وقيل حريمها قدر مد رشائها من كل جانب) لما ذكرنا من الحديث إذا ثبت ذلك فان ظاهر كلامه في هذا الكتاب وظاهر كلام الخرقي أنه يملك حريم البئر ونقل عن الشافعي وقال القاضي بل يكون أحق به

(مسئلة) (وقيل احياء الارض ما عد إحياء وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها) وقد ذكرنا ذلك وقيل ما يتكرر كل عام كالسقي والحرث فليس باحياء ومالا يتكرر فهو احياء لان العرف ان حرث الارض مرة ليس باحياء وان عمل الحائط عليها ونحوه احياء وللشافعي وجه في أن الزرع والحرث احياء وقد ذكرناه ، فان كانت كثيرة الدغل والحشيش كالمروج التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان احياء على قياس ما ذكرنا أولا

من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء بدليل ماذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن احيائه من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة أبا بكر أن يجدد له كتابا فقال والله لا أجدد شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد ، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى باحيائه فان أحياه والا قال له السلطان ان أحييته والا فارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجبه دون الناس وانما أقطعك لتعمر فخذ منها ماقدرت على عمارته ورد الباقي ، وإن طلب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يمهل على ماذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره فأحياه قبل أن يقال له شيء أو في مدة المهلة فهل يملكه ؟ على وجهين

وقد روي عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ الى عمر رضي الله عنه فقال عمر لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها فدل هذا على انها اذا كانت قطيعة من غير رسول الله ﷺ فهي لمن أحياها (والثاني) لايملكه لانه تعلق به حق المقطع ومفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » انه اذا تعلق بها حق مسلم لم يجز احياؤها ، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر وهذا مثله ومذهب الشافعي في هذا الفصل كنحو ماذكرنا

(فصل) ولا بد ان يكون البئر فيها ماء فان لم تصل الى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء على ما نذكره، وقوله ومن حفر بئراً عادية يحمل على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها فاما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا العيون النابعة ليس لاحد ان يختص بها ولو حفر رجل بئراً للسلمين ينتفعون بها او ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها كانت للسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وهو أحق بها ما دام مقيما عندها لانه سابق اليها فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ماتمد اليه اغصانها حواليها وفي النخلة مد جريدها لما روى ابو سعيد قال اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك رواه أبو داود ،وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو له كالمتحجر الشارع في الاحياء فان طعمه ملكه بذلك وحريمه لانه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو

(فصل) وليس للامام إقطاع مالا يجوز احياؤه من المعادن الظاهرة لان النبي ﷺ لما استقطعه أبيض بن حمال الملح الذي بمأرب فقيل يارسول الله انما اقطعته الماء العد فارجعه منه ولان في ذلك تضييقا على المسلمين، وفي اقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا ينبغي ان يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احياؤه لان في اقطاعه اكثر من ذلك تضييقا على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ

(فصل) في الحمى ومعناه ان يحمي ارضا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحيـة من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق

وروى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لاحمى الا لله ولرسوله » رواه أبوداود وقال « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلأ » رواه الخلال . وليس لاحد من الناس سوى الائمة أن يحمى لما ذكرنا من الخبر والمعنى فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين

كسوق الماء الى الارض الموات ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتفر الثانية في ملـكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحـدهما في داره بئراً ثم الآخر بئراً اعمق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا فى موات فسبق احدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً يجتذب ماء الاولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يبتديء ملـكه على وجه يضر بالمالك قبله ، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح فى ملـكه فجاز له فعله كتعلية داره وهكذا الخلاف فى كل مايحدثه الجار مما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة او حماما يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانه او يحفر فى اصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها او يجعل داره مخبزاً فى وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جاره وقال الشافعي له ذلك كله وروي ذلك عن احمد وهو قول بعض الحنفية لانه تصرف مباح في ملـكه أشبه بناءه ونقضه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالقاء السماد والتراب في اصل حائطه على وجه يضر به ولو كان

انوله في الخبر « لاحمى الا لله ولرسوله » لكنه لم يحم لنفسه شيئا وانما حمى المسلمين فقد روى ابن عمر قال : حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين . رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع يستنقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان مايصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لانفسهم شيئا ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وابل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس ، وبهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه ، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لاحمى الا لله ولرسوله »

ولنا أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فكان إجماعا ، وروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبدالله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام تحميها ؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه — وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ — فلما رأى الاعرابي مابه جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، والله لولا ماأحمل عليه في سبيل الله ماحميت شبراً من الارض في شبر وقال مالك بلغني انه كان يحمل في كل عام على أربعين الفا من الظهر . وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فانها مجابة ،

لرجل مصنع فأراد جاره غرس شجر مما تسري عروقه فتشق حائط مصنع جاره وتتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها ان غرسها ، ولو كان هذا الذي حصل منه الضرر سابقاً مثل من له في ملكه مدبغة او مقصرة فاحيا إنسان الى جانبه مواتاً وبناه داراً فتضرر بذلك لم يلزمه ازالة الضرر بغير خلاف نعلمه لانه لم يحدث ضرراً

(مسئلة) (ومن تحجر مواتاً لم يملكه وهو احق به وورثته من بعده ومن ينقله اليه وليس له بيعه وقيل له ذلك)

تحجر الموات الشروع في احيائه مثل ان يدير حول الارض تراباً او احجاراً او حاطها بجدار صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا احياء لكن يصير أحق الناس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو احق به » رواه ابو داود، فان مات فوارثه احق به لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من ترك حقاً او مالاً فهو لورثته» فان نقله الى غيره صار الثاني احق به لان صاحبه اقامه مقامه ، وليس له بيعه فان باعه لم يصح لانه لا يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به وكمن سبق الى معدن او مباح قبل اخذه وقيل له بيعه لانه احق به

(مسئلة) (فان لم يتم احياءه قيل له اما ان تحييه واما ان تتركه) اذا طالت المدة بعد التحجر ولم يحييه فينبغي ان يقول السلطان اما ان تحييه او تتركه ليحييه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك

وادخل رب الصريمة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين فالكلأ أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا اجماع منهم ، ولان ما كان لصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ما أطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده » وأما الخبر فمخصوص وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرده في المسلمين ففارق الائمة في ذلك وساووه فيما كان صلاحا للمسلمين وليس لهم أن يحموا الا قدراً لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم لانه انما جاز لمافيه من المصلحة لما يحمى وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه ، ومن أحيا منه شيئا لم يملكه، وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان . وما حماه غيره من الائمة فغيّره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان أحياه انسان ملكه في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد (والوجه الآخر) لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه

بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء او معدن لا ينتفع به ولا يدع غيره

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلب الامهال امهل مدة قريبة)

كالشهرين والثلاثة ونحوها لانه يسير فان بادر غيره فأحياه في مدة المهلة او قبل ذلك ملكه بالاحياء في احد الوجهين لان الاحياء يملك به والتحجر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون مالا يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة فجاء غيره فأزاله وأخذ ولعموم الحديث في الاحياء (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « من احيا ارضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق وكذلك قوله « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو احق به » وروى سعيد في سننه أن عمر قال من كانت له ارض - يعني من تحجر ارضاً - فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم يعمرونها فهم أحق بها وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني احيا في حق غيره فلم يملكه كما لو احيا ما تتعلق به مصالح ملك غيره ولان حق المتحجر اسبق فكان اولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري

(فصل) فان ضربت للمتحجر مدة فانقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه لان المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء اذن له السلطان في عمارتها او لم يأذن ، وان لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له اما ان تعمر واما ان ترفع يدك فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها، فان لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا حديث عمر في المسئلة قبلها ومذهب الشافعي في هذا الفصل والمسئلة قبلها على نحو ما ذكرنا

كما لا يجوز نقض حكمه، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

﴿ فصل في أحكام المياه ﴾ قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها، ونذكر ههنا حكم السقي بها فنقول لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا فان كان جاريا فهو ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيما كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التي لا يستضر أحد بسقيه منها فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقي منها ماشاء متى شاء كيف شاء [القسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الارض الشاربة منه فانه يبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسل الى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا الى أن تنتهي الاراضي كلها، فان لم يفضل عن الاول شيء أو عن الثاني أو عمن يليهم فلا شيء للباقين لانه ليس لهم الا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا، والاصل في هذا ما روى عبدالله بن الزبير ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها الى النبي ﷺ فقال ﷺ « اسق يا زبير ثم ارسل الماء الى جارك » فغضب الانصاري وقال يا رسول الله أن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال « يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر » قال الزبير فوالله اني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ورواه مالك في موطئه عن الزهري عن عروة عن عبدالله بن الزبير، وذكر عنه عبدالرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ « ثم احبس الماء حتى يبلغ الى الجدر » فكان ذلك الى الكعبين

(فصل) وللامام اقطاع موات لمن يحييه ولا يملك بالاقطاع بل يصير كالمتحجر الشارع في الاحياء على ما ذكرنا، ولا ينبغي ان يقطع الا ما قدر على احيائه لان اقطاعه اكثر منه ادخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر رضي الله عنه من بلال ابن الحارث ماعجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه النبي صلى الله عليه وسلم فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع وإن عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجبه عن الناس [إنما] أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الاموال، وذكر سعيد في سننه عن عبدالعزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقطع بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال ما أقطعته لتحجبه فاقطعه الناس، وروى علقمة بن وائل عن ابيه أن النبي صلى الله عليه وسلم اقطعه أرضا بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، قال سعيد ثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو ابن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضا فعطلوها فجاء قوم فاحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمر بن الخطاب فقال عمر لوكانت قطيعة مني أو من ابي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا أردها

قال أبو عبيد الشراج جمع شرج والشرج نهر صغير والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود والجدر الجدار ، وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره فلما قال الانصاري ماقال استوعى النبي ﷺ الزبير حقه وروى مالك في الموطأ أيضا عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزوز ومذينيب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل قال ابن عبدالبر هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم قال عبد الملك بن حبيب مهزوز ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر وتتنافس أهل الحوائط في سيلها ، وروى أبو داود باسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم الى رسول الله ﷺ في سيل مهزوز والسيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ ان الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الاسفل ولان من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق الى الماء فكان أولى به كمن سبق إلى المشرعة فان كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها مستعلية ومنها مستفلة سقى كل واحدة منهما على حدتها ، وان استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن وان لم يمكن أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فان كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقي بجميع الماء لان الآخر يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الاعلى مع الاسفل فانه ليس للاسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى ، فان كانت

(فصل) وقد روى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً فأرسل معاوية أن أعطه اياه أو أعلمه اياه . حديث صحيح ، واقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال «أعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وأبو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم الانصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله ان فعلت فاكتب لاخواننا من قريش بمثلها ، وروي أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيدالله أرضاً ، وأقطع عثمان خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت ، وروي عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمر ان قبلنا ارضاً بالبصرة ليست من ارض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين فان رايت ان تقطعنيها اتخذ فيها قصيلا لخيلي قال فكتب عمر الى ابي موسى ان كانت كما يقول فاقطعها اياه . روى هذه الآثار كلها ابو عبيد في الاموال . اذا ثبت هذا فان من اقطعه الامام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء على ماذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع منه عمر ما عجز عن احيائه ، ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر ايضاً قطيعة ابي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة بن حصن ابا بكر ان يجدد له كتاباً فقال والله لا اجدد شيئاً رده عمر رواه ابو عبيد . فعلى هذا يكون المقطع أحق بها من سائر الناس واولى باحيائه وحكمه حكم المتحجر الشارع سواء وقد مر ذكره ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا

(مسئلة) (وله اقطاع الجلوس في الطرق الواسعة ورحاب المساجد ما لم يضيق على الناس)

القطائع ضربان (احدهما) اقطاع موات لمن يحييه وقد ذكرناه (والثاني) اقطاع ارفاق وذلك كاقطاع مقاعد الاسواق والطرق الواسعة ورحاب المساجد فللامام اقطاعها لمن يجلس فيها لان له في ذلك اجتهاداً

أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الارض لان الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءاً من الماء كما لو كان لشخص ثالث ، وان كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحيي مواتا أقرب الى راس النهر من أرضهم لم يكن له أن يستقي قبلهم لانهم اسبق الى النهر منه ولان من ملك أرضا ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من احياء ذلك الموات؟ فيه وجهان أحدهما ليس لهم منعه لان حقهم في النهر لا في الموات والثاني لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم حقهم من السقي لتقدمه عليهم بالقرب اذا طال الزمان وجهل الحال، فاذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فاحيا في أسفله مواتاً ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان للاسفل السقي أولا ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السبق الى الاحياء على السبق الى أول النهر لما ذكرنا

(فصل) الضرب الثاني الماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضاً قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الاصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر وشروع في الاحياء، فاذا اتصل الحفر كمل الاحياء وملكه لان الملك بالاحياء ان تنتهي العمارة الى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لان الاحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافتيه ، وهواؤه حق له

من حيث إنه لا يجوز الجلوس الا فيما لا يضر بالمارة فكان للامام ان يجلس فيها من لا يرى انه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون احق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير اقطاع الا في ان السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لان استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فاذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا لغيره الجلوس فيه، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بيناً ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على مانذكره

(مسئلة) (فان لم يقطعها فلمن يسبق اليها الجلوس فيها ويكون احق بها ما لم ينقل قماشه عنها) ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لاحد احياؤه سواء كان واسعاً أو ضيقاً وسواء ضيق على الناس بذلك او لم يضيق لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم اشبه مساجدهم ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على احد ولا يضر بالمارة لاتفاق اهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولانه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز قال احمد في السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه ، وليس له أن يبني دكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس وتعثر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار وتبقى على الدوام وربما ادعى ملكه بذلك والسابق أحق به ما كان فيه. فان قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان يد الاول

وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من كل جانب وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر وهـذا مذهب الشافعي، وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله ﷺ « من أحيا أرضاً لم تملك فهي له » واحياؤها ان يحوط عليها حائطا أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك. فاذا تقرر هذا فـكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لانه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فان كفى جميعهم فلا كلام وان لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لانه حقهم لا يخرج عنهم وان تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لان كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة او حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الارض في مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء او ثقب الى ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فان كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فاذا كان لاحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وان كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فان كان النهر لعشرة لخمسة منهم أراض قريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة

عليه وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت

﴿مسئلة﴾ (فان طال مقامه منع في أحد الوجهين) لانه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه (والثاني) لا يمنع لانه سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم

﴿مسئلة﴾ (وان سبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما فان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه وليس للامام تمكينه بعوض ولا غيره)

قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشتري من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم وقال لا يعجبني الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء قال احمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل ان يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) وإن سبق الى معدن فهو احق بما ينال منه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به » وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً اذا كان في موات فان اخذ قدر حاجته واراد الاقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك لانه يضيق على الناس بما لا نفع فيه له اشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة

﴿مسئلة﴾ (وهل يمنع اذا طال مقامه للاخذ؟ على وجهين)

(احدهما) يمنع لانه يصير كالمتملك والآخر لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق اليه اثنان او اكثر وضاق المكان عنهما اقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر ويحتمل ان يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد

جعل لاصحاب القريبة خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى ، وان أراد أحدهم أن يجري ماء في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه لانه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتها بغير اذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا ان الماء لا يملك ان حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ، وان الاسبق أحق بالسقي منه ثم الذي يليه على ماذكرنا لانه غير مملوك فكان الاسبق اليه أحق به كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو مماذكرنا والله أعلم

(فصل) واذا حصل نصيب انسان في ساقية فله أن يسقي به ما شاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء لان ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى فأراد تنفيذ إحداهما الى الاخرى لم يجز لانه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي منه ماشاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم ماذكروه في الدارين ، وان سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها الى درب آخر مشترك لان

تساويا فقسم بينهما كما لو تداعيا عيناً في أيديهما ولا بينة لاحدهما ويحتمل ان يقدم الامام من يرى منهما لان له نظراً وذكر القاضي وجها رابعاً وهو ان الامام ينصب من يقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سبق إلى مباح كصيد أو عنبر وحطب وثمر ولقطة ولقيط وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس وما يسقط من البلح وسائر المباحات فهو أحق به باذن الامام وغير اذنه لقول رسول الله ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وان سبق اليه اثنان قسم بينهما لان قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما لانه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وان سبق الى موات أو بئر عادية فهو أحق بها لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان الماء في نهر غير مملوك كمياه الامطار فلمن في أعلاه أن يسقي ويحبس الماء حتى يصل الى الكعب ثم يرسل الى من يليه)

وجملة ذلك انه لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا والجاري ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيما كالنيل والفرات الذي لا يستضر أحد بالسقي منهما فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقي منهما متى شاء وكيف شاء

[القسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الارضين الشاربة منه فيبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ثم يرسل الى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا حتى تنتهي الاراضي كلها فان لم يفضل عن الاول شيء أو عن

الظاهر ان لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منها استطراقا الى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطراقه وههنا انما يسقي من ساقيته المفردة التي لايشاركه غيره فيها فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد ، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لارسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ماذكرنا من الخلاف في التي قبلها ، وان كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي بنصيبه من الماء أرضا لارسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه فان ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على مامضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من اجراء غير هذا الماء فيها او عمل رحى عليها أو دولاب او عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر او قنطرة يعبر الماء فيها وغير ذلك من التصرفات لانها ملكه لاحق لغيره فيها فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير اذن شركائه ، وقال القاضي في العبارة هذا ينبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره ، والصحيح أنه لايجوز ههنا، ولا يصح قياس هذا على اجراء الماء في أرض غيره لان اجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقى عروق شجره ويشربه أولا وآخرا وهذا لاينفع النهر بل ربما أفسد حافتيه ولم يسق له شيئا، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئا يسقي به أرضا في أول النهر او غيره او أراد انسان غيرهم ذلك لم يجز لانهم صاروا

اثنين او من يليهما فلا شيء للباقين لانهم ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولانعلم فيه مخالفا لما روى عبدالله بن الزبير ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها الى النبي ﷺ فقال ﷺ « اسق يا زبير ثم ارسل الماء إلى جارك » فغضب الانصاري فقال يارسول الله أن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال « يازبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر » فقال الزبير فوالله اني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه، وذكر عبدالرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ « ثم احبس حتى يبلغ الجدر » وكان ذلك الى الكعبين ، قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج والشرج نهر صغير والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود ، والجدر الجدار وانما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل تسهيلا على غيره فلما قال الانصاري ما قال استوفى النبي ﷺ للزبير حقه

وروى مالك في الموطأ عن عبدالله بن أبي بكر بن عمر بن حزم انه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزوز ومذينيب « يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الاسفل » قال ابن عبد البر : هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يعملون به عندهم . قال عبد الملك بن حبيب: مهزوز ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر يتنافس أهل الحوائط في سيلهما

وروى أبو داود باسناده عن ثعلبة بن أبي مالك انه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم الى رسول الله ﷺ في مهزوز السيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم

أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم ولان الاخذ من الماء ربما احتاج الى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره او المشترك بينه وبين غيره، ولو فاض ماء هـذا النهر إلى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك انسان وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا

(فصل) وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصة يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس الى وقت الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز، وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء الى علامة كانت ساعة وإذا انتهى الي الاخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها الى أسفلها في ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل الى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذي تعرف به ساعات النهار أو بمنازل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فاذا حصل الماء لاحدهم في نوبته فأراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به انسانا أو يقرضه اياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز، وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي ان لا يجوز لما تقدم في مثل ذلك، وان أراد صاحب النوبة ان يجري مع مائه ماء له آخر يسقي به أرضه التي لها رسم شرب

رسول الله ﷺ ان الماء الى الكعبين لا يحبس الأعلى على الاسفل، ولان من أرضه قريبة من رأس النهر سبق الى المكان فكان أولى به كالسابق الى المشرعة فان كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها عالية ومنها مستفلة سقى كل واحدة منها على حدتها، فان استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ان أمكن وإلا أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فان كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر، وليس له السقي بجميع الماء لمساواة الآخر له في استحقاق الماء، وانما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الاسفل فانه ليس للاسفل حق الا في الفاضل عن الأعلى فان كانت أرض إحداهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الارض لان الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءاً من الماء كما لو كان لثالث

(مسألة) ز فان أراد انسان احياء أرض ليسقيها من ماء النهر جاز ما لم يضر بأهل الارض الشاربة منه)

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل فجاء انسان ليحيي مواتا أقرب من رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم لانهم أسبق الى النهر منه ولان من ملك أرضا ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس لهم منعه لان حقهم في النهر لا في الموات (والثاني) لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم حقهم من السقي لتقديمه عليهم في القرب اذا طال الزمان وجهل الحال، فاذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إلى مسيل ماء او نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتا ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان للاسفل السقي أولا ثم الثاني ثم الثالث، ويقدم السبق الي الاحياء على السبق الى أول النهر لما ذكرنا

من هذا النهر أو أرضا له أخرى أو سأله انسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه اياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضا جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور اذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر في نوبته باجراء الماء فأشبه مالو استأجرها لذلك

(فصل) (القسم الثاني) أن يكون منبع الماء مملوكا مثل ان يشترك جماعة في استنباط عين واجرائها فانهم يملكونها أيضا لان ذلك احياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا الا ان الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل صيد بستانه، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا وقد ذكرنا ذلك ، وعلى كل حال فلكل أحد ان يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير اذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخاري، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الماء » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الملح » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال « ان تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ولان

(فصل) الضرب الثاني الجاري في نهر مملوك وهو قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الاصل مثل أن يحفر انسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وانما هو تحجر وشروع في الاحياء فاذا اتصل الحفر ملكه لان الملك بالاحياء ان تنتهي العمارة إلى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لان الاحياء يحصل بتهيئته للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافتيه ، وهواؤه حق له وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من جوانبه ، وعند القاضي ان ذلك غير مملوك لصاحب النهر وانما هو حق من حقوق الملك، وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لغير صاحبه قياسا على قوله في حريم البئر انه يملكه . اذا تقرر ذلك فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لانه انما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فان كفى جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمته بالمهايأة او غيرها جاز لان حقهم لا يخرج عنهم ، وان تشاحوا فيه قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لان كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الارض في مصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم من كل حز أو ثقب ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء في ساقيته انفرد به فان كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك ، فاذا كان لأحدهم نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه جعل فيه ستة ثقوب : لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب

ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فاما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فان فضل الماء عن حاجة عن صاحبه لزمه بذله لذلك وان لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع .

(فصل) اذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة فان أرادوا إكراءه أوسد بثق فيه أو اصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم أدنى الى أوله من بعض اشترك الكل في اكرائه واصلاحه إلى أن يصلوا الى الاول ثم لا شيء على الاول ويشترك الباقون حتى يصلوا الى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل الى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في اكرائه كله لانهم ينتفعون بجميعه فان ما جاوز الاول مصب لمائه وان لم يسق أرضه

ولنا أن الاول انما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده انما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه، فان كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى مصرف فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم لانهم يشتركون في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله .

فسدس واحد، فان كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين على السواء جعل عشرة ثقوب: لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة، فان كان النهر لعشرة — لخمسة منهم أراض القريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لاصحاب القريبة خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل الى أرضهم، ثم تقسم بينهم قسمة أخرى فان أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز بغير رضاه لانه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتيها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز لم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا إن الماء لا يملك أن حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك وان الاسبق أحق بالسقي ثم الذي يليه على ماذكرنا ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ماذكرنا

(فصل) واذا حصل نصيب انسان في ساقية فله أن يسقي به ماشاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر او لم يكن، وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء لان ذلك دال على ان لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى فأراد تنفيذ إحداهما الى الاخرى لم يجز لانه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي منه ما شاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واحياء الارض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام الخرقي أن تحويط الارض احياء لها سواء أرادها للبناء أو الزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال الاحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال « من أحاط حائطا على أرض فهي له » رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده ، ويروى عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، ولان الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه مالو جعلها حظيرة الغنم ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل مالو أرادها حظيرة الغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتا فانه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله ، ولا بد أن يكون الحائط منيعا يمنع ماوراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين أو بالطين كالفطائر لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كاهل الغور كان ذلك احياء ، وإن بناه بارفع مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احداهما) ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ماتعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ماكان احياء في العرف كما انه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ، ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم

ماذكره في الدارين وان سلمنا فالفرق بينهما ان كل دار يخرج منها الى درب مشترك لان الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطراقه وههنا أنما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ماذكرنا من الخلاف، وان كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه فان ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء ماء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر أو قنطرة يعبر فيها الماء أو غير ذلك من التصرفات لأنها ملكه ولا حق فيها لغيره فاما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه تصرف في النهر المشترك أو في حريمه بغير إذن شركائه وقال القاضي في العبارة هذا ينبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره والصحيح أنه

لا يعلق حكما على ماليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته اذ ليس له طريق سواه . اذا ثبت هذا فان الارض تحيى داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة فاحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبأن يبني حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها لانها لاتكون للسكنى الا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف لان العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أرادها حظيرة للماشية أو الخشب أو الحطب أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقا لم يكن احياء لانه ليس بحائط ولا عمارة انما هو حفر وتخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن احياء وكان تحجراً لان المسافر قد ينزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك ،ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر او خيمة لم يكن احياء ، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها، فان كانت لاتزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وإن كانت مما لايمكن زرعها لكثرة أحجارها كأرض الحجاز فبأن يقلع أحجارها وينقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضا وأشجارا كارض الشعرى فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها التي تمنع الزرع ، وإن كانت مما لايمكن زرعه الا بحبس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء لكثرته فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى الارض التي لاماء لها

لايجوز ههنا ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لان اجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقي عروق شجره ويشربه أولا وآخراً وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولا يسقي له شيئا ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمته شيئا يسقي به أرضا في أول النهر أو في غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز لانهم صاروا أحق بالماء الخاص في نهرهم من غيرهم ولان الاخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره ، ولو فاض ماء هذا النهر الى أرض إنسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك إنسان ومذهب الشافعي في ذلك على نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز اذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصة يوما وليلة، وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز ، وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم جاز فاذا حصل الماء لاحدهم في نوبته فأراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانا أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لايجوز لما تقدم، وان أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي

ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله لمجرده لما ذكرنا ولا يعتبر في احياء الارض للسكنى نصب الابواب على البيوت وبهذا قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجها في أن حرثها وزرعها احياء لها وان ذلك معتبر في احيائها ولا يتم بدونه ، وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به فأشبه التسقيف ولا يصح هذا لما ذكرنا ، ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها

﴿ مسئلة ﴾ قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليها ، وإن سبق الى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعا)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم فكل من حفر بئراً في موات للتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعا من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها لقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب » نص احمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وابو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه في ترقية مائها منها فان كان بدولاب فقدر مد الثور

به أرضه التي لها رسم شرب من النهر أو أرضا له أخرى أو سأله إنسان أن يجري له ماء مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضا جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر في نوبته باجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك :

(فصل) القسم الثاني أن يكون منبع الماء مملوكا مثل ان اشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فانهم يملكونها أيضا لان ذلك احياء لها ، ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في النهر في القسم الذي قبله الا أن الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبه مالو دخل بستانه صيد ، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في اشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روي أبو هريرة قال، قال رسول الله ﷺ «ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخاري وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء. قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال

او غيره ، وان كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ماجه ولانه المكان الذي تمشي اليه البهيمة ، وان كان يستقي منها بيده فبقدر مايحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستضر باخذه منها ولو على الف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه مايحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف في ذلك لان هذا انما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال ابوحنيفة حريم البئر أربعون ذراعا، وحريم العين خمسمائة ذراع لان أبا هريرة روى عن النبي ﷺ انه قال «حريم البئر أربعون ذراعا لا عطان الابل والغنم » وعن الشعبي مثله رواه ابو عبيد

ولنا ماروى الدارقطني والخلال باسنادهما عن النبي ﷺ انه قال « حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البئر العادي خمسون ذراعا» وهذا نص ، وروى ابو عبيد باسناده عن يحيى ابن سعيد الانصاري انه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا والبدي خمس وعشرون ذراعا ، وباسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادية خمسون ذراعا من نواحيها كلها ولانه معنى يملك به الموات فلا يتقف على قدر الحاجة كالحائط ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج إلى ماحولها عطنا لابله وموقفا لدوابه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضا يسقي منها ماشيته، وموقفا لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج اليه لترقية الماء ، وأماحديث ابي حنيفة

«الملح» قال يانبي الله ما الشيء الذي لايحل منعه؟ قال «أن تفعل الخير خير لك» رواه أبو داود ولان ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، واما ما يؤثر كسقي الماشية الكثيرة فان فضل عن حاجته لزمه بذله والا لم يلزمه وقد ذكرناه

(فصل) اذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة فأرادوا اكراءه أو سد بثق فيه أو اصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم أدنى الى أوله من بعض اشترك الكل في إصلاحه واكرائه الى ان يصلوا إلى الاول ثم لا شيء على الاول ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في اكرائه كله لانهم ينتفعون بجميعه فان ماجاوز الاول مصب لمائه وان لم يسق أرضه

ولنا أن الاول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فان كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى مصرف فمؤنته على جميعهم لاشتراكهم في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله

فهذا أصح منه ورواها ابو هريرة فيدل على ضعفه. اذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي ان هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعي والقاضي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا

(فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وان لم يصل الى الماء فهل كالمتحجر الشارع في الاحياء على ماقدمناه ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها او انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا العيون النابعة ليس لاحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئراً للسلمين ينتفعون بها او لينتفع هو بها مدة اقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقيما عندها فهو أحق بها لانه سابق اليها فهو كالمتحجر الشارع في الاحياء

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ماتمد اليه أغصانها حواليها وفي النخلة مد جريدها لما روى أبوداود باسناده عن أبي سعيد قال اختصم الى النبي ﷺ في حريم نخلة فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق الى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء فان طعمه ملكه بذلك وحريمه لانه تهيأ للانتفاع به لما يرادمنه فهو كسوق الماء الى الارض الموات ولقول النبي ﷺ «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به»

﴿مسئلة﴾ (وللامام أن يحمي أرضا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها مالم يضيق على الناس، ولا يجوز ذلك لغيره)

معنى الحمى أن يحمي أرضا يمنع الناس رعي حشيشها ليختص بها وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلداً أقام كلبا على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع الناس فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق فروى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لاحمى إلا لله ولرسوله» رواه أبوداود وقال عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلأ» رواه الخلال فليس لاحد من الناس أن يحمي سوى الائمة لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه والمسلمين لقوله «لا حمى إلا لله ولرسوله» ولم يحم لنفسه شيئا وإنما حمى للمسلمين فروى ابن عمر قال حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان الماء الذي يصير فيه، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لانفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريبا منها بئرا ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتفر الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريبا منها بئراً تجتذب ماء الاولى، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يبتديء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتعلية داره، وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانه أو يحفر في أصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزا في وسط العطارين ونحوه من ما يؤذي جيرانه فلا يحل له ذلك وقال الشافعي له ذلك كله لانه تصرف مباح في ملكه أشبه بناءه ونقضه

ولنا قول النبي ﷺ « لاضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نحوها مما تسري عروقه فتشق حائطه مصنع جاره ويتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها ان غرسها، ولو كان هذا الذي يحصل منه الضرر سابقا مثل من له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا انسان الى جانبه مواتا وبناه دارا يتضرر بذلك لم يلزم ازالة الضرر بغير خلاف نعلمه لانه لم يحدث ضررا والله تعالى أعلم

الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس وبهذا قال أبوحنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لا حمى إلا لله ولرسوله » ووجه الاول أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فكان اجماعا فروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى اعرابي عمر فقال ياأمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام ؟ تحميها قال فاطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ فلما رأى الاعرابي مابه جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله والله لولا ماأحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الارض شبراً في شبر . قال مالك بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين الفاً من الظهر، وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة ياهني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فانها مجابة وأدخل رب الصريمة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ بأمير المؤمنين فالكلأ أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التي نحمل عليها في سبيل الله

﴿مسئلة﴾ قال (وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق اليه باذن الامام أو غير اذنه)

وجملة ذلك ان أحياء الموات لم يفتقر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتقر الى اذنه لان للامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل ان من تحجر مواتا فلم يحيه فانه يطالبه بالاحياء أو الترك فافتقر الى إذنه كمال بيت المال .

ولنا عموم قوله عليه السلام «من احيا أرضا فهي له » ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ، ونظر الامام في ذلك لايدل على اعتبار اذنه الا ترى ان من وقف في مشرعة طالبه الامام ان يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك الى اذنه ، واما مال بيت المال فانما هو مملوك للمسلمين وللامام ترتيب مصارفه فافتقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كالحشيش والحطب والصيود والثمار المباحة في الجبال

(فصل) فأما ماسبق اليه فهو الموات اذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وان سبق الى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرقات أو مشارع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس واللقطة واللقيط وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولايحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره لقول النبي ﷺ « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » والله الموفق

للحجيت على الناس من بلادهم شيئاً أبداً وهذا اجماع منهم ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «ما أطعم الله لنبي طعمة الا جعلها طعمة من بعده» والخبر مخصوص وما حماه لنفسه يفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرده على المسلمين ، وليس لهم أن يحموا الا قدراً لا يضيق عن المسلمين ويضربهم لانه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

﴿ مسئلة﴾ (وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه)

لان ماحكم به النبي ﷺ نص لايجوز نقضه بالاجتهاد ومن احيا منه شيئا لم يملكه وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان أصحهما أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا ، فأما ماحماه غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان أحياه انسان ملكه في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد والوجه الآخر لايملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه كما لايجوز نقض حكمه والاول أولى لان الاجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيره ولهذا ملك الحامي نقضه ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما ذكرنا

كتاب الوقوف و العطايا

الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وقفا ولا يقال أوقفت الا في شاذ اللغة ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث «ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها» والعطايا جمع عطية مثل خلية وخلايا، وبلية وبلايا والوقف مستحب ومعناه تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة

والاصل فيه ماروى عبد الله بن عمر قال: أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يارسول الله اني أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها؟ فقال «ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لايباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف، لاجناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه. متفق عليه

وروي عن النبي ﷺ أنه قال «اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به من بعده، أو ولد صالح يدعو له» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف. قال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة الا وقف، ولم ير شريح الوقف وقال لاحبس عن فرائض الله قال أحمد وهذا مذهب

كتاب الوقف

وهو تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهو مستحب، والاصل فيه ماروى عبد الله بن عمر قال أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يارسول الله اني أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيه؟ قال «ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لايباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه متفق عليه وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال« إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له »قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه مسلم

(فصل) والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم، قال جابر لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة إلا وقف ولم يره شريح وقال لاحبس عن فرائض الله قال احمد هذا مذهب أهل الكوفة وحديث ابن عمر حجة على من خالفه وهو صريح في الحكم مع صحته وقول جابر نقل للاجماع فلا يلتفت الى خلاف ذلك

أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لايلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه الا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله الى رسول الله ﷺ فجاء أبواه الى رسول الله ﷺ فقالا يارسول الله لم يكن لنا عيش الا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما ، رواه المحاملي في أماليه ، ولانه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ واجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لايباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي رحمه الله: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لانعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافا

قال الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق علي بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله الى اليوم

﴿ مسئلة ﴾ وفيه روايتان احداهما أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها أو سقاية ويشرعها لهم)

ظاهر المذهب ان الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه التي ذكرناها قال احمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن أدخل بيتاً في المسجد واذن فيه: لم يرجع فيه وكذلك اذا اتخذ المقابر واذن للناس والسقاية فليس له الرجوع هذا قول أبي حنيفة ، والرواية الاخرى لا يصح الا بالقول ذكرها القاضي وهو مذهب الشافعي وأخذه القاضي من قول احمد إذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

قال شيخنا وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه ان أراد بقوله ان كان جعلها لله أي نوى بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الاولى وزيادة عليها اذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وان أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك مع اذنه للناس في الدفن فيها فهو الرواية الأولى بعينها وان أراد اذاً وقفها بقوله فيدل بمفهومه على أن الوقف لايحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله ، اذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ولم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة واحتجوا بان هذا تحبيس على وجه القربة فوجب أن لايصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء

وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذومقدرة الا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان اجماعا، ولانه إزالة ملك يلزم بالوصية فاذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق . وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير مرقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليهما ولهذا لم يردها عليه انما دفعها اليهما ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فرده اليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وانما تفتقر الى القبض والوقف لا يفتقر اليه فافترقا .

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمة الله عليه (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه)

في هذه المسألة فصول ثلاثة (أحدها) أن الوقف اذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة ، وعن أحمد لا يزول ملكه وهو قول

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاماً كان اذناً في أكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلا له ومن نثر نثاراً كان اذناً في أخذه كذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن مباح بدلالة الحال وقد ذكرنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال كذلك هذا وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسئلتنا

﴿ مسئلة ﴾ وصريحه وقفت وسبلت وحبست فمتى أتى بواحدة منها صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر «ان شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها» فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق والكناية تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة فان الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات والتحريم يستعمل في الظهار والايمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف فلم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يصح الوقف بمجردها ككنايات الظهار فاذا انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها

(أحدها) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع عليها فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره ، وإن قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

مالك ، وحكي قولا للشافعي رضي الله عنه لقول النبي ﷺ « حبس الاصل وسبل الثمرة »

ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق ، ولانه لو كان ملكه لرجعت اليه قيمته كالملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوسا لايباع ولا يوهب ولا يورث وفائدة الخلاف انا اذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ويحتمل أن يلزمه ارش جنايته كما يفدي أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

(الفصل الثاني) أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لان الوقف يحصل به ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لايلزم الا بالقبض واخراج الواقف له عن يده وقال الوقف المعروف أن يخرجه عن يده الى غيره ويوكل فيه من يقوم به اختاره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لانه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية

ولنا مارويناه من حديث عمر ، ولانه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق ويفارق الهبة فانها تمليك مطلق والوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه فالحاقه به أولى

(الفصل الثالث) أنه لايفتقر الى القبول من الموقوف عليه ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لايتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان (أحدهما) اشتراطه لانه تبرع لآدمي

(الثاني) أن يضيف اليها لفظة تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محتبسة أو مسبلة أو مؤبدة

(الثالث) : أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لان هذه القرينة تزيل الاشتراك .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح الوقف إلا بشروط أربعة : (أحدها) أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائما مع بقاء عينها كالحيوان والعقار والاثاث والسلاح)

وجملة ذلك أن الذي يصح وقفه ماجاز بيعه مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والحيوان والسلاح والاثاث وأشباه ذلك

قال احمد في رواية الاثرم انما الوقف في الدور والارضين على ماوقف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس به ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض الا الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان هذا حيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أما خالد فانه قد احتبس أدراعه واعتاده في سبيل الله » متفق

معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية اذا كانت لآدمي معين وقفت على قوله واذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر الى قبول كذا ههنا

(والوجه الثاني) لا يشترط القبول لانه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر ، ولانه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق وبهذا فارق الهبة والوصية والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم الا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي فاذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق ، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة فان قلنا بصحته فهل ينتقل في الحال إلى من بعده أو يصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى

(فصل) وينتقل الملك في الموقوف الى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب ، قال احمد اذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه

عليه وفي رواية أعتده أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد ، وروي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه ؟ فقال رسول الله ﷺ «اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله» ولانه يحصل فيه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعه فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس أو نقول يصح وقفه مع غيره فصح وحده كالعقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الربض أو قطيعة فاراد التنزه منها قال يقفها وقال القطائع ترجع الى الاصل أراد جعلها للمساكين فظاهر هذا اباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الاصل لا انها تصير بهذا القول وقفاً

﴿ مسئلة ﴾ (ويصح وقف المشاع وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله في أن القبض شرط وهو لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر انه أصاب مائة سهم من خيبر فاستأذن النبي ﷺ فيها فأذن له في وقفها وهذا صفة المشاع ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مقرراً فجاز عليه مشاعا كالبيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المقرر ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فهو يصح في الوقف كما يصح في البيع

وروي عن أحمد أنه لايملك فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لانه لايباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة وانما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لايملكون ويحتمل أن يريد بقوله لايملكون أي لايملكون التصرف في الرقبة فان فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ماحكيناه ، وقال أبو حنيفة لاينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حقا لله تعالى لانه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك اليه كالهبة والبيع ، ولانه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق العتق فانه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لايمنع الملك كام الولد

(فصل) وألفاظ الوقف ستة ثلاثة صريحة وثلاثة كناية : فالصريحة وقفت وحبست وسبلت متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر « إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية فهي تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة

(فصل) وان وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفما كان جاز وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده على المساكين أو على جهة سواهم لانه اذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لان اطلاق الاضافة اليهما يقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق الا بالتنصيف وان قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم أثلاثاً

﴿مسألة﴾ (ويصح وقف الحلي على اللبس والعارية)

لان ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الاجرة عليه فصح الوقف عليه كوقف السلاح في سبيل الله ولما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بعشرين الفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواه الخلال باسناده ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار وهو قول الشافعي وروي عن احمد انه لايصح وقفها عليه وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الاصلي من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم والمذهب الاول لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في اسقاط الزكاة عن متخذه وجوز اجارته لذلك ويفارق الدراهم والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي بها ولا اعتبر الشرع ذلك في اسقاط زكاة ولاضمان نفعه في الغصب بخلاف مسئلتنا

فان الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والايمان ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ولم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه فان انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها (أحدها) أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة (الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لاتباع ولاتوهب ولاتورث لان هذه القرينة تزيل الاشتراك (الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى الا أن النية تجعله وقفا في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره وان قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد ان الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجدا ويأذن للناس في الصلاة فيه أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها فانه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتا في المسجد واذن فيه لم يرجع فيه وكذلك اذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع، وهذا قول أبي حنيفة، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفا الا بالقول وهذا مذهب الشافعي وأخذه القاضي من قول أحمد اذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطا على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار وسلاح غير معين) لان الوقف ابطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في غير معين كالعتق

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح في غير معين كأحد هذين العبدين) لانه نقل للملك على وجه القربة فلم يصح في غير معين كالهبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح وقف مالا يجوز بيعه كام الولد والكلب والمرهون وكذلك الخنزير وسائر سباع البهائم التي لاتصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها)

لانه نقل للملك فيها في الحياة فلم يجز كالبيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ومالا منفعة فيه مباحة فلا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها، والمرهون في وقفه ابطال حق المرتهن منه فلم يجز ابطاله ولا يصح وقف الحمل المنفرد لانه لا يجوز بيعه.

(فصل)ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقائه دائما كالاثمان والطعوم والرياحين)

مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والدنانير والمشروب وأشباهه من الرياحين لايجوز وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم الاشيئاً حكي عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام انه يجوز ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ومالا ينتفع به إلا بالاتلاف لا يصح ذلك

وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه أراد بقوله ان كان جعلها لله أي نوي بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الاولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وان أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الاولي بعينها وان أراد وقفها بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله اذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة والله أعلم واحتجوا بان هذا تحبيس أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء.

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاما كان اذنا في أكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلا له ومن نثر على الناس نثارا كان اذنا في التقاطه وأبيح أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن مباح بدلالة الحال وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال فكذلك ههنا وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسئلتنا والله أعلم.

فيه وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها عند من أجاز اجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الاثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به ولذلك لا يصح وقف الشمع للاشعال لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول (الثاني) أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والاقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة . وجملة ذلك ان الوقف لا يصح إلا على بر أو معروف لولده وأقاربه والمساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والسقايات والمقابر وسبيل الله وإصلاح الطرق ونحو ذلك من القرب ويصح على أهل الذمة لانهم يملكون ملكا محترما وتجوز الصدقة عليهم قال الله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم) واذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم كالمسلمين ، وروي أن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي ولان من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح لان الوقف عليهم لا على الموضع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح على الكنائس وبيوت النار والبيع وكتب التوراة والانجيل) لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وكتبهم مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي » ولولا ان ذلك معصية ماغضب منه . وحكم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز ان يرجع اليه شيء من منافعه)

وجملة ذلك ان من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجز ان ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم مثل ان يقف مسجداً فله ان يصلي فيه أومقبرة فله الدفن فيها أوبئراً للمسلمين فله ان يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كاحدهم لانعلم في هذا كله خلافا وقدروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

﴿مسئلة﴾ قال (إلا ان يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار مايشترط)

وجملته ان الواقف اذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه احمد . قال الاثرم قيل لابي عبدالله يشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري ان في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ، وقال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وابويوسف والزبير وابن شريح ، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لايصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه

الوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ومن يعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها والمسلم والذمي في ذلك سواء ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا ولا نعلم فيه مخالفاً لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لايصح وقف الذمي كغير المعين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم ننقض مافعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة انما هو إزالة ملك في الموقوف على وجه القربة فاذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك بحاله كالعتق ، وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن أشهد في وصيته ان غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ماعليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجر خدمة مبلغ أربع سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ، ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوظيفة بل لانه انما أعتقه بعوض يعتقدان صحته فاذا تعذر العوض باسلامه كان عليه مايقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى .

كالبيع والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ولان ماينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به

ولنا الخبر الذي ذكره الامام احمد ولان عمر رضي الله عنه لما وقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه وكان الوقف في يده الى أن مات ولانه إذا وقف وقفاً عاما كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولافرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته او مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه او أطلقه فان عمر رضي الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله : بالمعروف ، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ انه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا انه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثنائها والله أعلم

(فصل) وان شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط لان النبي ﷺ شرط ذلك في صدقته ، وان اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز لان عمر رضي الله عنه شرط ذلك في صدقته التي استشار فيها رسول الله ﷺ فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لان عمر ولي صدقته ، وان وليها أحد من أهله كان له ذلك لان حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح الوقف على حربي ولا مرتد) لان أموالهم مباحة في الاصل تجوز إزالتها فما يتجدد لهم أولى والوقف يجب أن يكون لازما لانه تحبيس الاصل

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين ، فان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده فقال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله تعالى أو في سبيله فاذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لان الوقف تمليك للرقبة أو للمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لايجوز أن يبيع ماله من نفسه ولان الوقف على نفسه انما حاصله منع نفسه من التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لاأبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه ، ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل وهو أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما نذكره في المسئلة بعدها ولانه يصح أن يقف وقفاً عاماً فينتفع به كذلك اذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

(فصل) ومن وقف وقفاً صحيحاً على انسان فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال ملكه

(فصل) وان شرط أن يبيعه متى شاء او يهبه او يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا لانه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وان شرط الخيار في الوقف فسد ، نص عليه احمد وبه قال الشافعي وقال ابو يوسف في رواية عنه يصح لان الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالاجارة

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ان له بيعه متى شاء ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعتق ولانه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ويفارق الاجارة فانها عقد معاوضة وهي نوع من البيع ، ولان الخيار اذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار او التصرف وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فافسده كما لو شرط أن لا ينتفع ، وان شرط للناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وانما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الوالي لعطيته ولم يجعل له حقا إذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبه مالو وقف على المشتغلين من ولده فانه يستحق منهم من

عن الواقف وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشيء منها فأما ان وقف شيئاً للمسلمين دخل في جملتهم مثل أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله أن يسقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم في ذلك خلافا وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

اذا وقف وقفاً على غيره وشرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط نص عليه أحمد قال الاثرم قيل لابي عبد الله اشترط في الوقف اني أنفق على نفسي وأهلي؟ قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر قال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبيري وابن شريح وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة وكما لو اعتق عبداً واشترط أن يخدمه ولان ما ينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

ولنا أن الخبر الذي ذكره الامام أحمد ولان عمر رضي الله عنه لما وقف قال لا بأس على من

اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، وإذا عاد اليه عاد استحقاقه والله أعلم

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها او سفلها دون علوها صح ، وقال ابو حنيفة لا يصح لان المسجد يتبعه هواؤه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها ولانه تصرف يزيل الملك الى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع

(فصل) وإن جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجر بيتاً من داره

(فصل) إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده ففيه روايتان [إحداهما] لا يصح فانه قال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله وفي سبيل الله فاذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه . فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل الوقف على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لان الوقف تمليك الرقبة

وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا غير متمول منه وكان الوقف في يده الى ان مات ولانه اذا وقف وقفاً عاما كالمساجد والسقايات والمقابر كان له الانتفاع به وكذلك ههنا ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فان عمر لم يقدر ما يأكله الوالي ويطعم الا بقوله بالمعروف وفي حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه اذا شرط أن ينتفع بها مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع دارا واشترط أن يسكنها سنة فمات في اثنائها

(فصل) ويصح أن يشترط ان يأكل منها أهله لان النبي صلى الله عليه شرط ذلك في صدقته وان شرط أن يأكل منه من وليه ويطعم صديقا صح لان عمر شرط ذلك في صدقته التي استأمر فيها رسول الله عليه وسلم فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقا لان عمر ولي صدقته وان وليها أحد من أهله فله ذلك لان حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبدالله بن عمر

(فصل) فان اشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشرط لا نعلم في بطلان الشرط خلافا لانه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وان شرط الخيار في الوقف فسد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لان الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالاجارة

والمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه ، ولان الوقف على نفسه انما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه . ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل وهي أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع اليه شيء من منافعه ، ولانه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

﴿ مسئلة ﴾ قال (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والاناث من أولاد البنين بينهم بالسوية الا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (الاول) انه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم كان الوقف بين القوم وأولادهم ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا لان الواو تقتضي الاشتراك فاذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض ويشارك الآخر الاول وان كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لانه يحتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ان له بيعه متى شاء ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح شرط الخيار فيه كالعتق ولانه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة بخلاف الاجارة فانها عقد معاوضة وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف فافترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع به فأما ان شرط للناظر ان يعطي من يشاء من اهل الوقف ويمنع من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الناظر عطيته ولم يجعل له حقاً اذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبه ما لو وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده فانه يستحق منهم من اشتغل دون من لم يشتغل فمتى ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه فان عاد اليه عاد استحقاقه

﴿فصل﴾ إذا جعل علو داره مسجداً دون أسفلها أو أسفلها دون علوها صح وقال أبو حنيفة لا يصح لان المسجد يتبعه هواؤه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك فصح وقفها كالدار جميعها ولانه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع

﴿فصل﴾ فان جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

(فصل) فان قال وقفت على أولادي ثم على المساكين أو قال على ولدي ثم على المساكين أو على ولد فلان ثم على المساكين فقد روي عن أحمد مايدل على أنه يكون وقفا على أولاده وأولاد أولاده من الاولاد البنين مالم تكن قرينة تصرف عن ذلك ، قال المروذي : قلت لأبي عبد الله ماتقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر وقال أيضا فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل : دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل . ووجه ذلك ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين وان سفلوا ، ولما قال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) فتناول ولد البنين وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ، ولان ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى (يابني آدم - و - يابني اسرائيل) وقال النبي ﷺ « ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان راميا » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » والقبائل كلها تنسب الى جدودها ، ولانه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكره كالو أجر بيتاً من داره

﴿ مسئلة ﴾ (الثالث أن يقفه على معين يملك ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد)

لانه تمليك أشبه البيع ولان الوقف تمليك للعين أو المنفعة فلا يصح على غير معين كالاجارة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمدبر والميت والحمل والملك والبهيمة والجن)

قال أحمد فيمن وقف على مماليكه لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل فقد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك قلنا الوقف هناك على المسلمين الا أنه عين في نفع خاص لهم

فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة والوقف عليهم جائز قلنا على الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقابا واثما بخلاف المساجد

فان قيل فلم لا يصح الوقف على العبد اذا قلنا إنه يملك بالتمليك؟ قلنا لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل والعبد لا يملك ملكا لازما ولا يصح على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر

﴿ مسئلة ﴾ (الرابع أن يقف ناجزاً فاذا علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول هو وقف بعد

وقال القاضي وأصحابه لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لان الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده لصلبه وانما يسمى ولد الولد ولدا مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ماهذا ولدي انما هو ولد ولدي وان قال على ولدي لصلبي فهو آكد وان قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وان قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم وموضع الخلاف المطلق فاما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فانه يصرف اليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فانه يصرف الى أولاد الاولاد بغير خلاف وكذلك ان قال على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الاكبر أو الاعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبي عاد الى المساكين أو قال على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الاعلى على الثاني او قال الاعلى فالاعلى واشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعاقبته وان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فانه يختص بالبطن الاول دون غيرهم واذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكا ولا ترتيبا ، احتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك لانهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركا كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب

موتي فيصح في قول الخرقي وعند أبي الخطاب لا يصح)

لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو إذا ولد لي ولد أو اذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل الملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة كالهبة

(فصل) فأما إذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كالو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فتكون وصية بالوقف لا ايقافا

ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به أحمد أن عمر اوصى فكان في وصيته هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه ان أكل أواشترى رقيقاً رواه أبوداود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة ولم ينكر فكان إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف وفارق هذا التعليق على شرط في الحياة

على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن اسماعيل دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) لم يستحق ولد البنين شيئا مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا ، فأما اذ وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الاعلى والاسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الاعلى فالاعلى أو الاقرب فالاقرب أو الاول فالاول أو البطن الاول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فان انقرضوا فعلى أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن كله ولو بقي واحد من البطن الاول كان الجميع له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، وان قال على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على ولده كان ذلك دليلا على الترتيب لانه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم ابيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر

بدليل الصدقة المطلقة أو الهبة وغيرهما وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول والحمل وغير ذلك وبهذا يبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما

(فصل) ولا يشترط القبول الا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما يشترط فان لم يقبل أورده بطل في حقه دون من بعده وصار كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يصرف في الحال إلى من بعده وجملة ذلك أن الوقف إذا كان على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر الى القبول وان كان على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما لا يشترط اختاره القاضي لانه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر ولانه إزالة ملك تمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالعتق

والثاني يشترط لانه تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إذا كانت لآدمي معين وقفت على قبوله وان كانت لغير معين كالمساكين أو المسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول كذا هاهنا والاول أولى والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم الا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف

من ارادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده فاذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وإن رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ماتناسلوا وتعاقبوا ، أوقال على أولادي وأولادأولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ماقال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبه بحرف الترتيب ، ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد ثم اذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) وإن قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاخواته أو لولد أخواته فهو على ماشرطه ، وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لاخيه وابني أخيه بالسوية لانهم أهل الوقف ، ثم ان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه

على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل بالرد كالعتق وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده بطل في حقه دون من بعده وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل) اذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز فهو وقف منقطع الابتداء كالوقف على عبده وأم ولده أو مجهول فان لم يذكر له مآلا فالوقف باطل وكذلك ان جعل له مآلا لا يجوز الوقف عليه لانه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه ، وإن جعل له مآلا يجوز الوقف عليه كمن يقف على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة ، وللشافعي قولان كالوجهين ، فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لا تا لما صححنا الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه لتعذر التصحيح مع اعتباره ، وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين فكذلك ذكره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض صرف الى من يجوز ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف انما جعله وقفاً على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه ، ويفارق مالا يمكن اعتبار انقراضه لتعذر اعتباره ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط كمن وقف على ولده ثم على عبيده ثم على

الى أخيه وعمه لانهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لاخويه دون ابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حيا فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية ان لم يخلف ولداً وإن خلف ابنا واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف لكل واحد الربع ، وإن قال من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو في درجته فان كان الواقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه ، وإن كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضي التسوية ، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه إلى سائر أهل البطن الذي هو منه لانهم في درجته في القرب الى الجد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك اخوته وبنو عمه وبنو بني عم أبيه لانهم سواء في القرب ، ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئا يفيد ، فعلى هذا ان لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه

المساكين خرج في صحة الوقف وجهان على ما نذكره في الوقف المنقطع الانتهاء ، ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه اذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى ؟ على وجهين كما تقدم ، فان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كمن وقف على عبده ثم على اولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضاً وجهان ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه الى مصرف الوقف المنقطع

﴿ مسألة ﴾ (وان وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مآلا أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز أو قال وقفت وسكت انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى ورثة الواقف وقفا عليهم في احدى الروايتين ، والاخرى الى اقرب عصبته وهل يختص به فقراءهم ؟ على وجهين ، وقال القاضي في موضع يكون وقفاً على المساكين)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته عند القائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فهو صحيح أيضاً وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأبيد فاذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل

(والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه

(والثالث) أن يكون لاهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وان وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وان مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك ان كان له بنون وبنات فقال من مات من الذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ما قال وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه الف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفي البنات الالف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال

ولنا أنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف ههنا أولى الجهات به فكأنه عينهم . اذا ثبت هذا فانه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعي إلا أنه قال يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء ، وعن أحمد أنه يصرف الى المساكين اختاره القاضي والشريف أبو جعفر لانهم مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة ، وعن أحمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف وإلى ورثته الا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وفلان فاذا انقرض المسمى كانت على الفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ، ويفارق ما إذا كان ينفق منها على فلان وفلان فانه جعل الصدقة مطلقة .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته لقول النبي ﷺ «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» وقال «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولانهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات فكذلك صدقته المنقولة . اذا ثبت هذا فانه يكون

فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمى الله لهم فرضاً وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون الا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث وليس للثالث شيء ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء. قال يشتركون في الوقف ، واحتج القاضي بان قوله ولدي يستغرق الجنس فيهم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم فلا يوجب اخراج بقيتهم كالعطف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (ويجعل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت الثياب بعضها فوق بعض فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا ، وفارق العطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد هم

للفقراء منهم والاغنياء في احدى الروايتين عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي لان الوقف لا يختص الفقراء ولانه لو وقف على أولاده تناول الاغنياء والفقراء كذا ههنا، وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاغنياء ولانا خصصنا الاقارب بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاغنياء ، واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففي احدى الروايتين يختص بالورثة منهم لانهم الذين صرف الله اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف اليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفا، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأبيد ، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فيصرف اليهم مع بقائه صدقة ويحتمل أن يصرف اليهم على سبيل الارث على ما ذكره الخرقي ويبطل الوقف فيه كقول أبي يوسف والرواية الثانية يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الوراث ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالي لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً، قال شيخنا وهذا لا يقوى عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصاً ولا اجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالي لان علته لا تتحقق ههنا، وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لانهم مصارف مال الله وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى

شركاء يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليهما واولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام الدليل عليه، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل ان يدخل في الوقف ولد ولده لاننا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله قال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وماتوا والدوائم ولد مولود فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو للاول وان لم تكن قد أبرت فهو معهم وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الاصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشتري ذلك النصيب من الاصل وبعد التأبير لا تتبع الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكانت للاول لان الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشتري وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر فان المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائع فهو للاول وان كان مما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولانا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله الا بصرفه الى المساكين، فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف الى الفقراء أوالمساكين وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام، وإنما قدمنا الاقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم إلا على قول من قال انه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال أولى به

(فصل) وان وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز كمن وقف على أولاده ثم على البيع صح لوقف أيضاً ويرجع بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع كالمسئلة بلها لان ذكر من لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين الجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق ينعقد موجباً لكفارة يين وهو قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح

(الفصل الثاني) اذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه فاما ولد البنات فقال الخرقي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، وممن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لان البنات اولاده فأولادهن أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان - الى قوله - وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم وقال النبي ﷺ للحسن «ان ابني هذا سيد» وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل ابناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن

ووجه قول الخرقي ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فدخل فيه

مطلقاً كالأضحية والوصية، ولو قال وصيت بثلث مالي صح واذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال وقفت داري سنة أو الى يوم يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين)

لان مقتضى الوقف التأبيد وهذا ينافيه (والوجه الآخر) يصح لانه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء فان قلنا يصح فهو كمنقطع الانتهاء يصرف الى مصرف الوقف المنقطع الانتهاء

(فصل) فان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلغو قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم

(مسئلة) (ولا يشترط اخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين)

ظاهر المذهب أن الوقف يزول به ملك الواقف ويلزم بمجرد اللفظ لان الوقف يحصل به وعن أحمد أنه لا يلزم الا بالقبض واخراج الوقف عن يده فانه قال الوقف المعروف أن يخرجه من يده الى غيره يوكل فيه من يقوم به اختاره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لانه تبرع بما لم يخرجه عن المالية فلم يلزمه بمجرده كالهبة والوصية

ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الارث والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولانه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولانه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولان ولد البنات منسوبون الى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وقولهم انهم أولاد أولاد حقيقة قلنا الا أنهم لا ينسبون الى الواقف عرفا ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخل هؤلاء في الوقف، ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب الى أبيها، وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب اليه فنسب الى أمه لعدم أبيه ولذلك يقال عيسى بن مريم، وغيره انما ينسب الى أبيه كيحيى بن زكريا وقول النبي ﷺ «إن ابني هذا سيد» تجوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أبا أحد من رجالكم) وهذا الخلاف فيما اذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين . فأما ان وجد ما يصرف اللفظ الى أحدهما انصرف اليه ولو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهما ولولد البنين سهمين أو فاذا خلت الارض ممن يرجع نسبه الي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا مما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف، وان قال على أولادي وأولاد

ولنا ما رويناه من حديث عمر ولانه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فيلزم بمجرده كالعتق، ويفارق الهبة فانها تمليك مطلق والوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه والحاقه به أولى .

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (ويملك الموقوف عليه الوقف وعنه لا يملكه)

ظاهر المذهب أن الملك ينتقل في الموقوف إلى الموقوف عليه قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه وروي عن أحمد أنه لا يملك فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة وإنما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فان فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حق الله تعالى لانه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى كالعتق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجه إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينتقل الملك اليه كالهبة والبيع ولانه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق العتق فانه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام الولد

أولادي المنتسبين الي أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات ،وان قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات ، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ،وان قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي، فامامن كان هاشميا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون ؟ على وجهين (أولاهما) أنهم يدخلون لانهم اجتمع فيهم الصفتان جميعا كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لايدخلون لانهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فاشبه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب الى قبيلتي فكذلك

(الفصل الثالث) انه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والانثى لأنه تشريك بينهم واطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب فان الله تعالى قال (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا أعلم في هذا خلافا

(الفصل الرابع) أنه اذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال فلو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي على أن للذكر سهمين وللانثى سهما أو للذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم

﴿ مسئلة ﴾ (ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) لانه نماء ملكه ولا نعلم في ذلك خلافا

﴿مسئلة﴾ (وليس له وطء الجارية فان فعل فلا حد عليه ولامهر)

لايجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لا نأمن حبلها فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ولان ملكه ناقص فان وطيء فلا حد عليه للشبهة ولامهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولايجب للانسان شيء على نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت فالولد حر)

لانه من وطء شبهة وعليه قيمته يوم الوضع يشترى بها عبد مكانه لانه فوت رقه وتصير أم ولد له لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عتقت وتجب قيمتها فى تركته لانه أتلفها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها، وإن قلنا لا يملكها الموقوف عليه لم تصر أم ولده بذلك لانها أجنبية

﴿مسئلة﴾ (فان أعتقها لم ينفذ عتقه)

لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن من إبطاله فان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه الي الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها أجنبي بشبهة فالولد حر)

أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن الكبير ضعف ما للصغير أو العالم ضعف ما للجاهل أو العائل ضعف ما للغنى أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لان ابتداء الوقف مفوض اليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك ان شرط اخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل ان يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له فكل هذا صحيح على ما شرط، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وان المردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فان استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليقا للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وقال القاضي : المستحب التسوية بين الذكر والانثى لان القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

لاعتقاده أنه يطأ في ملكه وإن كان الواطيء عبدا وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطيء جاريتهم في غير ملك أشبه الامة المطلقة، وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكا فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشتري بها عبداً يكون وقفاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك وان وطئها مكرهة أو طاوعته فعليه الحد اذا انتفت الشبهة والمهر لاهل الوقف لانه وطيء جارية غيره ويكون ولدها وقفاً معها لانه تبع لها

﴿ مسئلة ﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلها)

سواء أتلفها أجنبي أو الواقف كما لو أتلف غير الوقف، وان أتلفه الموقوف عليه فعليه قيمته أيضاً يشترى بها مثله يقوم مقامه لانه لا يملك التصرف في رقبته انما له نفعه ويحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما إذا وطئها أجنبي بشبهة فأتت بولد ولا يلزمه قيمته ان أولدها لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وله تزويج الامة وأخذ مهرها وولدها وقف معها ويحتمل أن يملكه)

يجوز للموقوف عليه تزويج الامة الموقوفة لانه عقد على منفعتها أشبه الاجارة، ولان الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها والمهر للموقوف عليه لانه بدل نفعها أشبه الاجرة، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على منفعتها في العمر فيفضى إلى تفويت منفعتها في حق البطن الثاني، ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني فان طلبت التزويج وجب تزويجها لانه حق لها طلبته فتعينت

ولنا انه إيصال للمال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى لان كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى الى الوقف والى غيره من العطايا والصلات وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغي بالميراث والعطية ، فان خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أوخص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : إن كان على طريق الاثرة فأكرهه وان كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك ان الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته ، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضا لهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس . وقد دل على صحة هذا ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده ، وحديث عمر انه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا وصرمة بن الاكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد ﷺ بالوادي تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لاحرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقا منه . رواه أبو داود وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها

الاجابة اليه وما فات من الحق به يفوت تبعاً لا بقائها حقها فلا يكون مانعاً من تزويجها كغير الموقوفة اذا طلبت ذلك واذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة ويحتمل أن يملك الموقوف عليه ولدها لانه من نمائها

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى الوقف خطأ فالأرش على الموقوف عليه ويحتمل أن يكون في كسبه)

اذا جنى الوقف جناية موجبة المال لم يتعلق أرشها برقبته لانه لايمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه لانه ملكه تعذر تعلق أرشه برقبته فكان على مالكه كجناية أم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، فان قلنا إن الوقف لايملك فالارش في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لاتباع وبالموقوف عليه لانه لايملكه فيكان في كسبه كالحر، ويحتمل أن يكون في بيت المال كارش جناية الحر المعسر.

قال شيخنا : وهذا احتمال ضعيف فان الجناية انما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لاتحملها العاقلة ، وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الارش في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن ايجاب الارش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته فتعين في كسبه ، ويحتمل أن يكون في بيت المال ، وإن جني جناية توجب القصاص وجب سواء كانت على الموقوف عليه أو على

﴿ مسئلة ﴾ قال (فاذا لم يبق منهم أحد رجع الى المساكين)

يعني إذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم ينتقل اليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلهم باقياً لانه رتبه للمساكين بعدهم، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة ، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لان كل واحد من اللفظين يطلق عليهما، والمعنى الذي يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين في مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الاذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف الى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء في قوله (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله) وفي قوله (وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تناول القسمين، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين الا في الصدقات لان الله تعالى جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا الى التمييز بينهما ، وفي غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الاسمين فان جمع بين الاسمين بالوقف أيضا فقال وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثا وجب التمييز بينهما أيضا فنزلناهما منزلتهما من سهام الصدقات ، وان قال على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع الى واحد كما قلنا في الزكاة، ويتخرج أن لا يجزئ الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على

غيره ، فان قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وإن جني على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل ارش الجناية عليه فان الحر يجب ارش الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجني عليه يكون وقفا ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا انه يملك الموقوف لانها بدل ملكه

ولنا انه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون، وبيان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا ولم يصح عفو واحد منهما عنه ، وإن كانت الجناية عمداً محضاً من مكافىء له فالظاهر انه لا يجب القصاص لانه محل لا يختص الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك الى الامام فان قطعت يد العبد أو بعض أطرافه فله استيفاء القصاص لانه حق لا يشاركه فيه غيره ، وان كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجبه فعفا عنه وجب نصف قيمته ، فان أمكن أن يشترى بها عبد كامل وإلا اشتري شقص من عبد

﴿ مسئلة ﴾ (واذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه الى الآخرين فاذا ماتوا رجع الى المساكين) لانه جعله لهم مشروطا بانقراض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك

القول في الزكاة أيضا . ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم سواء كانوا ذكوراً أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل اليهم عن غيرهم ، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فان وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبني تميم وبني هاشم جاز الدفع الى واحد والى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على انه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فان كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف على رضي الله عنه على ولده ونسله فانه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لان التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فاذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ولان الواقف أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل) وان وقف على سبيل الله أو ابن السبيل او الرقاب او الغارمين فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوهم الى غيرهم لان المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه وشرحهم يأتي في موضعه إن شاء الله

كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فانه لا يصرف الى المساكين شيء من الوقف إلا بعد انقراض الولد كذا ههنا

(فصل) قال رضي الله عنه (ويرجع الى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليهم في التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وادخاله بصفة وفي الناظر فيه والايقاف عليه وسائر أحواله

لانه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه ولان ابتداء الوقف مفوض اليه فكذلك تفضيله وترتيبه ، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، أو من اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، وكذلك إن وقف على أولاده على ان للانثى سهماً وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أو بالعكس أو على ان للكبير ضعف ما للصغير أو للفقير ضعف ما للغني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أوما أشبه هذا فهو على ماقال لما ذكرنا فكل هذا صحيح وهو على ماشرط ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وان للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فان استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليقا للوقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

تعالى ، وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطي من الزكاة لا يزاد على ذلك فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضي غرمه ، والمكاتب قدر ما يؤدي به كتابته ، وابن السبيل ما يبلغه ، والغازي ما يحتاج اليه لغزوه وان كان غنيا ، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى فقال احمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال ان كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وان كان متطوعا أعطى ما شاء وكيف شاء فقد نص احمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم ، وان وقف على جميع الاصناف او على صنفين او أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد او يجب اعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة

(فصل) واذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديوان وان كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لان اللفظ عام في ذلك ، وقال أصحابنا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس اليه من الفقراء لانهم أكثر الجهات ثوابا فان النبي ﷺ قال « صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء والمساكين والرقاب

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يشرط ناظراً فالنظر للموقوف عليه وقيل للحاكم ينفق عليه من غلته)

النظر في الوقف لمن شرطه الواقف لان عمر رضي الله عنه جعل وقفه الى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، ولان مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر فان جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله الى غيره صح ، فان لم يجعله الى أحد أو جعله لانسان فمات فالنظر للموقوف عليه لانه ملكه يختص بنفعه فكان نظره اليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى قال شيخنا ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على ان الملك فيه هل ينتقل الى الموقوف عليه أو الى الله تعالى فان قلنا هو للموقوف عليه فالنظر له فيه لانه يملك عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه الى مصارفه لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين . فأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك معين ينظر فيه وللحاكم أن يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه

(فصل) ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء أكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلا كان أو امرأة عدلا أو فاسقا لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كملكه المطلق ويحتمل أن يضم الى الفاسق أمين حفظا لاصل الوقف عن البيع والتضييع ، وان كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل انسان في حصته

والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لان هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره ، وان ساواه في الحاجة وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان لفظه عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه اولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى ، وكذلك سائر الالفاظ العامة ، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل ما فيه بر وقربة ، وقال أصحابنا يصرف في أربعة جهات : أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج قال ابو الخطاب وعنه فداء الاسراء مكان الحج ووجه القولين ماتقدم في التي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف في احدى الروايتين عن ابي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين او طائفة لايجوز بحكم العادة انقراضهم ، وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فان الوقف يصح وبه قال مالك وابو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح .

فان كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنونا أو سفيهاً قام وليه في النظر مقامه كملكه المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجز أن يكون إلا أميناً فان لم يكن أميناً لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزيلت يده ، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلا ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده لانه أمكن الجمع بين الحقين ، ويحتمل أن لاتصح تولية الفاسق وينعزل اذا فسق لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته فان يده تزال لان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في مصرفه وجب اتباعه في نفقته فان لم يكن شرط فمن غلته لان الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالانفاق عليه فهو من ضرورته ، وكذلك عمارة الوقف قياساً على نفقته فان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على مانذكره

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والاناث والخناثى بالسوية)

وكذلك إن قال وقفت على أولادي أو على ولد فلان لانه شرك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب

وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأبيد فاذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء.

ولنا انه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف وههنا هم أولى الجهات به فكأنه عينهم. اذا ثبت هذا فانه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف وبه قال الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى انه ينصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف ابوجعفر لانه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة وعن احمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لامستحق له فأشبه مال من لاوارث له وقال ابو يوسف يرجع إلى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فاذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين لأنه جعلها صدقة على مسمى فلاتكون على غيره ويفارق ما إذا قال ينفق منها على فلان وفلان فانه جعل الصدقة مطلقة

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً، والدليل على صرفه إلى اقارب الواقف انهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ « صدقتك على غير رحمك صدقة وصدقتك على رحمك صدقة وصلة » وقال « انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة

فان الله تعالى قال (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يدخل فيه ولد البنات وهل يدخل فيه ولد البنين ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه مايدل على انه يكون وقفاً على أولاده وأولاد بنيه الذكور والاناث مالم تكن قرينة تصرفه عن ذلك دون أولاد البنات . قال المروذي : قلت لابي عبد الله ماتقول في رجل وقف ضيعة على ولده ثمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ماكان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر ، ووجه ذلك أن الله تعالى لما قال (يوصيكم الله في أولادكم) دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، ولما قال (ولابويه لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد) تناول ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينه ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ولان ولد الولد ولد بدليل قوله تعالى (يابني آدم ، ويابني اسرائيل) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا يابني اسماعيل فان أباكم كان رامياً » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » ولانه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة (والرواية الثانية) لايدخل فيه ولد الولد بحال وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات اختاره القاضي وأصحابه لان الولد حقيقة وعرفا انما هو ولده لصلبه وانما سمي ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ماهذا ولدي

يتكففون الناس ولان فيه اغناؤهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة، إذا ثبت هذا فانه في ظاهر كلام الخرقي بظاهر كلام احمد يكون للفقراء منهم والاغنياء لان الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والاغنياء . كذا ههنا وفيه وجه آخر انه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الاغنياء ولانا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة واولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاغنياء . واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف في احدى الروايتين يرجع الى الورثة منهم لأنهم الذين صرف الله تعالى اليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف اليهم من صدقته مالم يذكر له مصرفا ولان النبي ﷺ قال «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفا عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأبيد ، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فصرف اليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الخرقي أن يصرف اليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه . فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف (والرواية الثانية) يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالي لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً ، وهذا لا يقوي عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون الا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا

انما هو ولد ولدي . فأما ولد البنات فلا يدخلون بغير خلاف لانهم لم يدخلوا في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

(فصل) فان قال على ولد ولدي لصلبي فهو آكد في اختصاصه بالولد دون ولد الولد ، وإن قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاثة بطون دون من بعدهم ، وموضع الخلاف المطلق ، فأما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فانه يصرف اليه بغير خلاف ، مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه أو قال ويفضل الولد الاكبر أو الافضل أو الأعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبي عاد الى المساكين أو قال على ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعقبه ، فان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فانه يختص بالبطن الاول دون غيرهم ، واذا قلنا بتعميمهم امابالقرينة واما لقولنا ان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكا ولا ترتيباً احتمل ان يكون بين الجميع على التشريك لانهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يشتركوا

نعلم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالي لان علته لا تتحقق ههنا وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولاننا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضا جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعي يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء

(فصل) فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وانما قدمنا الاقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم الا على قول من قال إنه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثا لا وارث له فكان بيت المال به أولى

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق ينعقد موجبا لكفارة يمين وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح مطلق كالاضحية والوصية ولو قال وصيت بثلث مالي صح واذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه

فيه كما لو أقر لهم بدين ، ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث ، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع الى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولدا فقال ان مات ولد علي بن اسماعيل: دفع الى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك لان ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) لم يستحق ولد البنين شيئاً مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا فأما ان وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب ويستحق الاعلى والاسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الاعلى فالاعلى والاقرب فالاقرب أو الاول فالاول أو البطن الاول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فاذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي فعلى هذا الترتيب لا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن الاول كله ومتى بقي واحد من البطن الاول كان الجميع له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع مقتضى كلامه وان قال على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان دليلا على الترتيب لانه لو اقتضى التشريك لاقتضى

(فصل) وان وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع لان ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة

(فصل) وان كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول فان لم يذكر له مآلا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك ان جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه لانه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه وان جعل له مآلا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة وللشافعي فيه قولان كالوجهين فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لاننا لما صححنا الوقف مع ذكر مالا يجوز الوقف عليه فقد الغيناه فانه يتعذر التصحيح مع اعتباره وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كام ولده وعبد معين ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينصرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتي قبلها ذكره أبو الخطاب (والثاني) أنه يصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض

التسوية ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده واذا مات عن ولد انتقل الى ولد سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد اولادهم ماتناسلوا فهو على ماقال من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك ويرتب من رتبه بحرف الترتيب ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد فاذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدها وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) فان قال وقفت على اولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاخوانه أو لولد اخواته فهو على ما شرطه ، وان قال : ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن

صرف الى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف انما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه فانه تعذر اعتباره ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين :

(فصل) وان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل ان يقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى؟ على وجهين كما تقدم وان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته ايضا وجهان ومصرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موتي ولم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث الا ان تجيز الورثة)

وجملته ان الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لانه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة واذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد

غير ولد فنصيبه لاخيه وابني أخيه بالتسوية لانهم أهل الوقف فان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لانهما أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف اخويه وابني أخ له فنصيبه لاخويه دون ابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حياً فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالتسوية ان لم يخلف ولداً فان خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف بينهما نصفين، وان قال : من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته وكان الوقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه وان كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين جميع أهل الوقف لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم على بعض والتشريك يقتضي التسوية فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر البطن الذي هو منه لانهم في درجته في القرب الى الجد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك اخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه لانهم سواء في القرب ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة والظاهر أنه قصد سبباً يفيد فعلى هذا إن لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة اوجه ؛

على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على اجازة الورثة لا نعلم في هـذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف وذلك لان حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعتق فاما اذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فيكون وصية بالوقف لا إيقافا ، وقال أبو الخطاب قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط .

ولنا على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الامام احمد رضي الله عنه أن عمراً وصى فكان في وصيته : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا صدقة وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرهما وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط

(أحدهما) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كانوا من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت انصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل (والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه (والثالث) أن يكون لاهل بطنه من اهل الوقف فيكون على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ماشرط ، وكذلك إن كان بنون وبنات فقال : من مات من الذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ماقال ، وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى يستوفي البنات الالف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه والحكم فيه على ماقال لانه

(فصل) ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل ان يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو اذ اولد لي ولد أو إذا قدم لي غائبي ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل الملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة وسوى المتاخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان علق انتهاؤه على شرط نحو قوله داري وقف الى سنة أو الى ان يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين لانه ينافي مقتضى الوقف فان مقتضاه التأبيد وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فان حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء

(فصل) وان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل الابتداء والانتهاء وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلغى قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك فان فعل وقف على إجازة سائر الورثة قال احمد في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن أوصى لاولاد بنيه بارض توقف عليهم فقال : ان لم يرثوه فجائز فظاهر هذا انه لا يجوز الوقف عليهم في المرض

جعل البنات كذوي الفروض وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسمين وعلى أولادهما وأولاد الثالث ولا شيء للثالث ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال: وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم ولا يوجب اخراج بقيتهم كالعطف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا انه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ، ولو قال ضربت زيداً رأسه أو رأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه، ومنه قول القائل : طرحت الثياب بعضها فوق بعض ، فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا وفارق العطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وكلام أحمد : هم شركاء يحتمل أن يعود الى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام

اختاره ابو حفص العكبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي ، (والرواية الثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالاجانب فانه قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز الرجل أن يقف في مرضه على ورثته فقيل له أليس تذهب انه لاوصية لوارث ؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لانه لايباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ينتفعون بغلته ، وقال في رواية احمد بن الحسن فانه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري وأجاز هذا الاكثرون واحتج احمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه انه قال هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمغا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذوي الرأي من أهله لايباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه ان أكل او اشترى رقيقا رواه ابو داود بنحو من هذا فالحجة انه جعل لحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقا قال الميموني قلت لاحمد انما امر النبي ﷺ عمر بالايقاف وليس في الحديث الوارث قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعا ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لايجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ، ولان كل من لا تجوز له الوصية

الدليل عليه ، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ماذكرنا قال شيخنا ويحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لانا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولد ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وله حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وماتوا والدوا ثم ولد مولود : فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهي للاول ، وان لم تكن قد أبرت فهو معهم ، وانما قال ذلك لانها قبل التأبير تتبع الاصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فتتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الاصل وبعد التأبير لا تتبع الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكانت للاول لأن الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشتري وهكذا الحكم في سائر الثمر الظاهر على الشجر لايستحق المولود منها شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته ، وان كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع فهو للاول ، وان كان مما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين بغير خلاف علمناه)

بالعين لا تجوز بالمنفعة كالاجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع انما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفا عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعا بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل مالو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا

(فصل) فان وقف داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم لانه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فبنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها ان أجاز الابن ذلك جاز وان لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع الى الابن ملكا فيكون له النصف وقفا والسدس ملكا مطلقا والثلث للبنت جميعه وقفا ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ماوقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفا ونصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثا للابن ثلثاه وللبنت ثلثه وتصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفا وسهمان ملكا وللبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثمانها فترجع اليه ملكا على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يصح الوقف

وأما ولد البنات فقال الخرقي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده: ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوداً فيمن وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وممن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن، وكذلك إذا قال على ذريته ونسله وروي عن أحمد أنهم يدخلون في الوصية وذهب اليه بعض أصحابنا وهذا مثله وقال أبو بكر وابن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لان البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا في اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان) الى قوله (وعيسى) وهو ولد بنته فجعله من ذريته ولذلك ذكر الله تعالى قصة ابراهيم وعيسى وموسى واسماعيل وادريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات وقال النبي ﷺ للحسن « ان ابني هذا سيد » ووجه الرواية الاولى أنهم لم يدخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) ولانه لو وقف على ولد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة لان ولد البنات منسوبون الى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الاباعد

على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي حصته ملكا ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعه في ثمانية تكون ستة وخمسين، الابن ثمانية وعشرون وقفا وأحد وعشرون ملكا وللمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا ، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما ان كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى مااخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الوارث في جميع المال كالاجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على ماورواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه وللابن إبطال التسوية ، فان اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في التسع ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا ويكون للبنت السدس والتسعان وقفا لان الابن انما له إبطال الوقف في ماله دون مالغيره (والوجه الثاني) ان له إبطال الوقف في السدس ويصير له النصف وقفا والتسع ملكا وللبنت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر ، الابن تسعة وقفا وسهمان ملكا وللبنت ستة أسهم وقفا وسهم ملكا ، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون للبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر

وقولهم انهم أولاد أولاده حقيقة قلنا لانهم ينتسبون الى الواقف عرفا وكذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخلوا في الوقف ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولاينتسب الى أبيها وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له نسب ينتسب اليه فنسب الى الله وقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « ان ابني هذا سيد مجاز بالاتفاق » بدليل قول الله تعالى (ماكان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله) والقول بأنهم يدخلون يصح وأقوى دليلا لانهم أولاد أولاده حقيقة فأما قياسهم على ما اذا كانوا قبيلة فيفارق ما اذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة لانه لو وقف على بني فلان وهم قبيلة دخل فيه البنات بخلاف ما اذا وقف على بني انسان حي أو ميت وليسوا قبيلة وقياسهم على ما إذا قال وقفت على ولد ولدي المنتسبين إلي لا يصح لانهم خرجوا من الوقف لكونهم لا ينتسبون وباقي الادلة ضعيفة جداً

(مسئلة) (فان قال على ولد ولدي لصلبي أو المنتسبين إلي لم يدخل ولد البنات)

والخلاف إنما هو إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف اليه فلو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهما ولولد البنين سهمين أو قال فاذا خلت الارض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ونحو هذا ما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف وان قال على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خرب الوقف ولم يرد شيئا بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالاول وكذلك الفرس الحبيس اذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت او أرض خربت وعادت مواتا ولم تمكن عمارتها او مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه او ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه او تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وان لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه . قال احمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه ، وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفا من اللصوص ، واذا كان موضعه قذراً قال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبدالله وتكون الشهادة في ذلك على الامام قال ابو بكر وقد روى علي بن سعيد إن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الاول أقول لاجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل ان تدور في الرحى او

فيه ولد البنات وان قال على ولدي فلان وفلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات وكذلك ان قال على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وان قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولهما) أنهم يدخلون لانه اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينتسب الى قبيلتي فكذلك

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال القاضي المستحب التسوية بين الذكر والانثى لان القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

ولنا أنه إيصال للمال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة أولادها وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلات وما ذكره

يحمل عليها تراب او تكون الرغبة في نتاجها او حصانا يتخذ للطراق فانه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه احمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد او الوقف عاد إلى ملك واقفه لان الوقف انما هو تسبيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لايجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ « لايباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث » ولان مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لايجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

ولنا ماروي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا ، ولان فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قتلها أو قتلها غيره ، قال ابن عقيل الوقف مؤبد فاذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإيصال الابدال جرى مجرى الاعيان وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدي اذا عطب في السفر فانه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع ، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع

القاضي لا أصل له وهو ملغي بالميراث والعطية وإن خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال احمد في رواية محمد بن الحكم ان كان على طريق الاثرة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته وعلى قياس قول احمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلبه ، أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس وقد دل على ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده وحديث عمر أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ان ثمغا وصرمة بن الاكوع العبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه رواه أبو داود فيه دليل على تخصيص حفصة دون اخوتها وأخواتها

(مسئلة) (وان وقف على بنيه أو بني فلان فهو للذكور خاصة دون الاناث والخناثى عند الجمهور) وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن واسحق وأبو ثور هو للذكر والانثى جميعاً لانه لو وقف على

ولنا على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن الوقف اذا بيع فأي شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لان المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الاولى تصرف فيها لانه لايجوز تغيير المصرف مع امكان المحافظة عليه كما لايجوز تغيير الوقف بالبيع مع امكان الانتفاع به

(فصل) واذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لان المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل الى ذلك الا بهذه الطريق

(فصل) وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجز بيعه لان الاصل تحريم البيع وانما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع امكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل مايضيع المقصود اللهم إلا ان يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعا فيكون وجود ذلك كالعدم

بني فلان أو أوصى لهم وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى وقال الثوري ان كانوا ذكوراً وإناثاً فهو بينهم وإن كن بنات لا ذكر معهن فلا شيء لهن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين

ولنا أن لفظ البنين يختص الذكور قال الله تعالى (أصطفى البنات على البنين) وقال تعالى (أم اتخذ مما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين؟) وقال تعالى (زين الله للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال تعالى (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم مايشتهون) وانما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا تقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى ابيها ، فاما ان وقف على بناته او وصى لهن دخل فيه البنات دون غيرهن ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لانه لا يعلم كونه انثى لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسألة ﴾ الا ان يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم أما اذا وقف على بني فلان او ولد فلان وهم قبيلة كبني هاشم وتميم فانه يدخل فيه الذكر والانثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم لأن اسم القبيلة يشتمل ذكرها واناثها قال الله تعالى (يا بني آدم ـ ولقد كرمنا بني آدم) يريد الجميع وروي ان جواري بني النجار ولمن نحن جوار من بني النجار ياحبذا محمد من جار ويقال امرأة من بني هاشم ولا يدخل ولد البنات فيهم لانهم لاينتسبون الى القبيلة ،

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الارض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك: فينظر الى قول أكثرهم واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله انشاءه ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لان مآله اليه اما بعد كونه مسجداً لايجوز جعله سقاية ولا حوانيت ، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والاول أصح وأولى ، وإن خالف الظاهر فان المسجد لايجوز نقله وابداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت الا عند تعذر الانتفاع به ، والحاجة الى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر ، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة

(فصل) ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال ان كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها ولو قلعها الامام لجاز وذلك لان المسجد لم يبن لهذا وانما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها وتسقط عليها العصافير والطير فتبول في المسجد

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكر والانثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى)

وجملة ذلك ان الرجل اذا وقف على قرابته أو قرابة فلان صرف الوقف الى الذكر والانثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ويستوي فيه الذكر والانثى ولا ينصرف الى من هو أبعد منهم شيء لان الله تعالى لما قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى) يعني قربى النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس وبني نوفل شيئا الا أنه أعطى بني المطلب بن عبد مناف وعلل عطيتهم بانهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئا ولم يعط منهم الا مسلما فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم لان اللفظ يشملهم ويبن الكبير والصغير والغني والفقير لذلك ولايدخل فيه الكفار لانهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ وهذا اختيار الخرقي وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى أنه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كاخوته من أمه وأخواله وخالاته ، وان كان لا يصلهم في حياته لم يعطوا شيئا لان صلته إياهم في حياته قرينة دالة على ارادتهم بصلته هذه

وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها ، وأما ان كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النبقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم لان صاحب الارض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الارض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للمساكين فأما ان قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغي أن يباع ثمرها ويصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره ، قال أبو الخطاب عندي أن المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتج اليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك ان فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد بنى فبقي من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه فقال يعان به في مسجد آخر أو كما قال . وقال المروذي سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد اذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى انه قد احتج بكسوة البيت اذا تخرقت تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة

وعنه رواية ثالثة أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد وهي تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون الى الاب الادنى ، وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه واعطاء النبي ﷺ بعض قرابته تخصيصا لا يمنع من العمل بالعموم في غير هذا الموضع وقال أبو حنيفة قرابته كل ذي رحم محرم فيعطي من أدناهم اثنان فصاعدا فاذا كان له عم وخالان أعطى عمه النصف وخاليه النصف . هكذا روي عنه فيما اذا أوصى لقرابته . وقال قتادة : للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث وهو قول الحسن ، قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد

ولنا أن هذا له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذي الرحم المحرم فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفا وشرعا وقد يحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وخاله وهن من أقاربه وماذكروه من التفضيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم . فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله إلا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبة بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آبارا فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بئس ماصنعت ولم تصب، ان ثياب الكعبة اذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين فكان شيبة يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون اجماعا، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف الى المساكين كالوقف المنقطع

(فصل) اذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره فان قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفا كما لو تلف بفعل الله تعالى وإن كانت الجناية موجبة المال لم يمكن تعلقها برقبته لانه لا يمكن بيعها ويجب ارشها على الموقوف عليه لانه ملكه تعلق ارشه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كام الولد، وإن قلنا الوقف لا يملك فلارش في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لانه لا يملكه فكان في كسبه كالحر يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كارش جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فان الجناية انما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الارش في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الارش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال

﴿مسئلة﴾ (وأهل بيته بمنزلة قرابته وقال الخرقي يعطى من قبل أبيه وأمه)

المنصوص عن احمد رحمه الله ان أهل بيته بمنزلة قرابته فانه قال في رواية عبد الله إذا أوصى بثلث ماله لاهل بيته فهو بمنزلة قوله لقرابتي، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال قال أحمد قال النبي ﷺ «لا تحل الصدقة لي ولاهل بيتي» فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوي القربى الذين سماهم الله تعالى هم اهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال «أذكركم الله في اهل بيتي» قال قلنا من أهل بيته نساؤه؟ قال لا أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس قال القاضي قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالاجداد والاعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث وذكر القاضي أن اولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة والأهل بيته وليس هذا بشيء فان ولد النبي ﷺ من اهل بيته واقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبي ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها «اللهم هؤلاء اهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا» ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لاقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمناه والخرقي قد عدهم في القرابة بقوله لا يجاوز به اربعة لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه فان الحر يجب أرش الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لايختص بها ويشترى بها مثل المجني عليه يكون وقفا، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا انه يملك الموقوف لانه بدل ملكه

ولنا أنه ملك لايختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر مايستحق هذا منه فنعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا، ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وان كانت الجناية عمداً محضا من مكافيء له فالظاهر انه لايجب القصاص لانه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الامام فان قطعت يد العبد او طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لانه لايشاركه فيه غيره وان كان القطع لايوجب القصاص او يوجبه فعفي عنه وجب نصف قيمته، فان أمكن أن يشترى بها عبد كامل والا اشتري بها شقص من عبد

(فصل) ويجوز تزويج الامة الموقوفة لانه عقد على منفعتها أشبه الاجارة، ولان الموقوف

القربى فجعل هاشما الاب الرابع ولا يكون رابعا الا ان يعد النبي صلى الله عليه وسلم ابا لان هاشما انما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم ووجه قول الخرقي ان امه من اهل بيته فكذلك اقاربها من اولادها وابويها واخوتها واخواتها

﴿ مسئلة ﴾ (وقومه ونسباؤه كقرابته لان قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه)

قال الشاعر :

فقالت لنا أما رفيقي فقومه تميم وأما أسرتي ففيان

وقال أبو بكر هو بمثابة أهل بيته لان أهل بيته أقاربه وأقاربه قومه ونسباؤه وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لنسبائي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال قال شيخنا وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له .

(فصل) وآله مثل قرابته فان في بعض الفاظ حديث زيد بن أرقم من آل رسول ﷺ ؟ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل والاصل في آل أهل فقلبت الهاء همزة كما قالو هرقت الماء وارقته ومدت لئلا يجتمع همزتان

عليه لايملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها وو ليها الموقوف عليه لانها ملكه والمهر له لانه بدل نفعها أشبه الاجر في الاجارة ، ويحتمل أن لايجوز تزويجها لانه عقد على نفعها في العمر فيفضي إلى تفويت نفعها في حق البطن الثاني ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها لانه حق لها طلبته فتتعين الاجابة اليه وما فات من الحق به فات تبعا لايفاتها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الامة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم ثبت لها حرمة حكمه حكمها كام الولد والمكاتبة ، وان أكرهها أجنبي فوطئها أو طاوعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطيء جارية غيره أشبه الامة المطلقة وولدها يكون وقفا معها ، وان وطئها بشبهة يعتقدها حرة فالولد حر ولو كان الواطيء عبداً وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكا فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبد يكون رقيقا وتعتبر قيمته يوم تضعه حيا لانه لايمكن تقويمه قبل ذلك

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لانأمن حبلها فتنقص او تتلف او تخرج من الوقف بكونها ام ولد ولان ملكه ناقص فان وطيء فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولايجب للانسان شيء على نفسه والولد حر لانه من وطيء شبهة وعليه قيمة الولد يشترى

﴿ مسألة ﴾ (والعترة هم العشيرة الادنون في عرف الناس وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فسره ابن قتيبة وقد توقف أحمد في ذلك وقال ثعلب وابن الاعرابي العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلا في ذلك العشيرة والاول أصح وأشهر في عرف الناس ووجه الاول قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب رسول الله ﷺ نحن عترة رسول الله ﷺ وبيضته التي تفقأت عنه فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه

﴿ مسألة ﴾ (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والامهات)

قال القاضي ينصرف الى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس وقد ذكرنا ذلك في مسألة القوم والنسباء

﴿مسألة ﴾ (والايامى والعزاب من لا زوج له من الرجال والنساء)

ذكره أصحابنا قال شيخنا ويحتمل أن يختص اسم الايامى النساء اللاتي لا أزواج لهن قال الله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) وفي الحديث « أعوذ بالله من بوار الايم » ووجه الاول ما روى سعيد بن المسيب أنه قال : آمت حفصة بنت عمر من زوجها وآم عثمان من رقية

قال الشاعر :

فان تنكحي انكح وان تتأيمي وان كنت أفتى منكم أتايم

وقول شيخنا أولى لان العرف يختص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي ولان قول النبي

بها عبد مكانه وتصير أم ولد لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عتقت ووجبت قيمتها في تركته لانه أتلفها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفا مكانها وان قلنا ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولد له لانها غير مملوكة له

(فصل) وان أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن ابطاله، وان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقا فاعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه إلى الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة واذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك ان الوقف إذا كان شجراً فأثمر أو أرضا فزرعت وكان الوقف على قوم باعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة او الحب نصاب ففيه الزكاة وبهذا قال مالك والشافعي وروي عن طاوس ومكحول لا زكاة فيه لان الارض ليست مملوكة لهم فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين

ولنا انه استغل من أرضه أو شجره نصابا فلزمته زكاته كغير الوقف يحققه ان الوقف الاصل والثمرة طلق والملك فيها تام له التصرف فيها بجميع التصرفات وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة

صلى الله عليه وسلم «أعوذ بالله من بوار الايم» انما أراد به النساء وأما العزاب فهم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة قاله ثعلب وانما سمي عزبا لانفراده ويحتمل أن يختص الايامى بالنساء والعزاب بالرجال ولذلك يقال امرأة أيم بغير هاء ولا يقال أيمة ولو كان الرجل مشاركا لها لقيل أيم وأيمة مثل قائم وقائمة ولان العرف ان العزب يختص بالرجل

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الارامل فهن النساء اللاتي فارقهن ازواجهن بموت أو غيره قال أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم للرجال والنساء والذي يعرف من كلام الناس أن الارامل النساء وقال الشعبي واسحق هو للرجال والنساء وانشد

هذي الارامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الارمل الذكر ؟

وقال آخر

أحب أن اصطاد ضبا سحبلا ... رعى الربيع والشتاء أرملا

ووجه الاول أن المعروف من كلام الناس أنه للنساء فلا يحمل اللفظ الا عليه ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعا للذكر لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى في واحده يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الانباري على قائل القول الاول وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ

من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الارض غير مملوكة له ممنوع وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها ويكفي ذلك في وجوب الزكاة بدليل الارض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أولم يحصل . ولا زكاة عليهم قبل تفريقها وان بلغت نصبا لان الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم بدليل ان كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع الى غيره وانما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم تجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع اليه من الزكاة ، وكما لو وهبه أو اشتراه وفارق الوقف على قوم بأعيانهم فانه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الارض وغلتها ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه

(فصل) ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبني هاشم وبني تميم وبني وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته . وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباههم لان هذا تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما لو قال وقفت على قوم ، ولنا ان من صح الوقف عليه اذا كان عدده محصيا صح وان لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين وماذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل

الارامل يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمي نفسه أرملا تجوزاً وتشبيها بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر وكذلك الشعر الآخر ويدل على ارادة المجاز أن اللفظ عند اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ، ثم لو ثبت أن في الحقيقة للنساء والرجال لكن أهل العرف قد خصوا به النساء وتركت الحقيقة حتى صارت مهجورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية

(فصل) وان وقف على اخواته فهو للاناث خاصة وان وقف على اخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعا لان الله تعالى قال (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) واجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة لا يشمل الذكر والانثى لأنهم اخوة أبيه وان قال لبني اخوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وبنو الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكور ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والاخوة حكم ماذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها في المسائل المتقدمة

﴿ مسألة ﴾ قال (وما لا ينتفع به الا بالاتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز)

وجملته ان ما لايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لايصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئا يحكى عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به الا بالاتلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به

(فصل) والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدنانير وما ليس بحلي لان ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به ، أما الحلي فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته . رواه الخلال باسناده ، ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ولانه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار وبهذا قال الشافعي وقد روي عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن

﴿ مسألة ﴾ (وان وقف على أهل قريته او قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل فيه وان كان الواقف كافرا)

وجملة ذلك أن الانسان اذا وقف على اهل قريته او قرابته او أتى بلفظ عام يدخل فيه المسلمون والكفار والواقف مسلم فهو للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار وقال الشافعي يدخل فيه الكفار، لان اللفظ يتناولهم بعمومه

ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم) فلم يدخل فيه الكفار اذا كان الميت مسلما واذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومه لم يدخلوا في لفظ الواقف ولان ظاهر حاله لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامة في الميراث فكذا ههنا ، فان صرح بهم دخلوا لان إخراجهم يترك به صريح المقال وهو أقوى من قرينة الحال ، وان وقف عليهم وأهل القرية كلهم كفار او وقف على قرابته وكلهم كفار دخلوا لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في اخراجهم رفع اللفظ بالكلية ، فان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضا لان اخراجهم ههنا بالتخصيص بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وإن كان الاكثر كفاراً فهو للمسلمين في ظاهر كلام الخرقي لانه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وإن كان باخراج الاكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لان التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الاكثر بعيد يحتاج إلى دليل قوي

أبي موسى الا أن القاضي تأوله على انه لايصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية ان التحلي ليس هو المقصود الاصلي من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم ، والاول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك ويفارق الدراهم والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا يصح وقف الشمع لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول والمشروب ولا ما يسرع اليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهها لانها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم . ولا وقف ما لايجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لاتصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها لانه نقل الملك فيها في الحياة فأشبه البيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وما لامنفعة فيه لايحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ، ولا يصح الوقف فيما ليس بعين كعبد في الذمة ودار وسلاح لان الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالعتق

(فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ماوقف ووصى وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب إلي لان الفضة لا ينتفع بها ولعله يشتري بتلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين ، فقيل له تباع الفضة وتجعل في نفقته ؟

والحكم في سائر الفاظ العموم كالاخوة والاعمام وبني عمه واليتامى والمساكين كالحكم في أهل قريته فاما إن كان الواقف كافراً فانه يتناول أهل دينه لان لفظه يتناولهم والقرينة تدل على ارادتهم فأشبه وقف المسلم يتناول أهل دينه ، وهل يدخل فيه المسلمون؟ ينظر فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وبقي أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (أحدهما) لا يدخلون كما لو لم يدخل الكفار في وقف المسلم (والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه الى غيره ، فان كان في القرية كافر من غير أهل دين الواقف لم يدخل لان قرينة الحال تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولى فبقي خارجاً بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان وقف على مواليه وله موال من فوق وموال من أسفل تناول جميعهم ، وقال ابن حامد يختص الموالي من فوق)

اذا وقف على مواليه وله موال من فوق حسب وهم معتقوه اختص الوقف بهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم ، وان لم يكن له الاموال من أسفل فهو لهم لذلك وان

قال لا ، فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام سرجا ولجاما لانه صرف لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ولم يجز ابقاؤها على الفرس لانه صرف لها الى غير جهتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

وجملة ذلك ان الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والحيوانات والسلاح والاثاث وأشباه ذلك . قال أحمد في رواية الاثرم : انما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لا بأس به وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الا الكر العروض اع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان الحيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا ان النبي ﷺ قال « اما خالد فقد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله » متفق عليه ، وفي رواية « وأعتده » أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهاد وروي ان ام معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في

اجتمعوا فهو لهم جميعا يستوون فيه لان الاسم يشملهم جميعا ، وقال اصحاب الرأي الوصية باطلة لانها لغير معين وقال ابو ثور يقرع بينهما لان احدهما ليس باولى من الآخر وقال ابن القاسم هو للموالي من اسفل ، ولاصحاب الشافعي أربعة اوجه كقولنا وكقول أصحاب الرأي (والثالث) هو للموالي من فوق لانهم اقوى لكونهم عصبته ويرثونه بخلاف عتقائه وهو قول ابن حامد (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا

ولنا ان الاسم يتناول الجميع فدخلوا فيه كما لو وقف على اخوته وقولهم انها لغير معين غير صحيح فان التعميم يحصل مع التعيين ولذلك لو حلف لا كلمت مولاي حنث بكلام أيهم كان وقولهم ان المولى من فوق اقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا يدخل فيه والدالهم ولا المساكين ولا الحليف ولا غير من ذكرنا لان الاسم ان تناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقة ولا يستحق مولى الله مع وجود مواليه وقال زفر يستحق

ولنا ان مولى الله ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه فان لم يكن له مولى فقال الشريف ابو جعفر إذا وصى لمواليه وليس له مولى فهو لمولى الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء له لانه ليس بمولى ، واحتج الشريف بان الاسم يتناولهم مجازاً فاذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى المجاز والعمل به تصحيحا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه محملا صحيحا وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد فان كان له موالي أب حين الوقف ثم انقرض مواليه

سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ « اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله » ولانه يحصل فيه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس ولانه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده كالعقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الربض أو قطيعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع ترجع إلى الاصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه ان وقفها يطابق الاصل لأنها تصير بهذا القول وقفا

﴿مسئلة﴾ قال (ويصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله في ان القبض شرط وان القبض لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها وهذا صفة المشاع ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيع أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ولان الوقف تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فاذا صح في البيع صح في الوقف

لم يكن لوالي الاب على مقتضى ما ذكرناه لان الاسم يتناول غيرهم فلا يعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد ولا يشبه هذا قوله أوصيت لاقرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن وان كان لا يستحق في حياة الابن شيئا لان الوصية ههنا الموصوف وجدت الصفة في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة، وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى الله مجازاً فمع وجودهما جميعا لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة لا توجد في مولى الله

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم)

لان اللفظ يقتضي ذلك، وقد أمكن الوفاء به فوجب العمل بمقتضاه كقوله سبحانه (فهم شركاء في الثلث) فانه يجب تعميم الاخوة من الام والتسوية بينهم، ولان اللفظ يقتضي التسوية أشبه ما لو أقر لهم

﴿مسئلة﴾ (فان لم يمكن حصرهم كالمساكين والقبيلة الكثيرة كبني هاشم وبني تميم صح الوقف عليهم)

وكذلك يصح الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل اقليم ومدينة كالشام ودمشق، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين ونحوهم لانه تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما لو قال وقفت على قوم

ولنا أن من صح الوقف عليهم إذا كانوا محصورين صح، وان لم يحصروا كالفقراء وقياسهم يبطل بالوقف على المساكين

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين او أثلاثا أو كيفما كان جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم لانه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزءين ، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لان اطلاق الاضافة اليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف وان قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم أثلاثا

(فصل) فان أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبني على القسمة هل هي بيع أو افراز حق؟ والصحيح أنها افراز حق فينظر فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة ، وان كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضا لانه شراء لشيء من المطلق ، وان كان من صاحب المطلق لم يجز لانه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز ، وان كان المشاع وقفا على جهتين فأراد أهله قسمته انبنى على ماذكرنا ولم يجز فيها اذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة في الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولي الوقف أجبر الآخر لان كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)

وجملة ذلك أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصح على غير معين

(فصل) ولا يجب تعميمهم إجماعا لانه غير ممكن ويجوز تفضيل بعضهم على بعض لان من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ويجوز الاقتصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة وهو مذهب الشافعي ووجه القول قد ذكر في الزكاة والاول ظاهر المذهب

(فصل) فان كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده وعقبه ونسله فصاروا قبيلة كثيرة تخرج عن الحصر مثل وقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فانه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لان التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فاذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ، ولان الواقف ههنا أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف ممن لا يمكن ذلك فيهم

﴿ مسألة ﴾ (ولا يعطى كل واحد أكثر من القدر الذي يعطى من الزكاة يعني إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة)

وجملة ذلك أن من وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين — فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات — لا يدخل معهم غيرهم لان المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود

كرجل وامرأة لان الوقف تمليك العين أو المنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والاجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخي حيا ماوسعه الا اتباعي » ولولا أن ذلك معصية ماغضب منه والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى : فلهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين. فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم ننقض مافعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة وانما هو إزالة ملك في الموقوف على وجه القربة فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق

وقد روي عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ماعليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام باجرة خدمة مبلغ أربع

في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه وقد مضى شرح ذلك في الزكاة فان وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة لا يزاد عليه وقد ذكرنا ذلك ، وقد اختلف في القدر الذي يحصل به الغنى فقال احمد فى رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابة المساكين فهو مثل الزكاة وإن كان متطوعا أعطى من شاء وكيف شاء فقد نص على الحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة ، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على خمسين درهما لان لفظ أحمد لا تقييد فيه .قال ابو الخطاب وفي المسئلة وجهان وجههما ماسبق

(فصل) فان وقف على الاصناف كلها أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف ؟ فيه وجهان بناء على الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ (والوصية كالوقف في هذا التفصيل لان مبناها على لفظ الموصي أشبهت الوقف)

(فصل) والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه باقالة ولا غيرها ويلزم بمجرد القول لانه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق وعنه لايلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده اختاره ابن أبي موسى كالهبة والصحيح الاول وقد ذكرناه، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي

سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لاصوله ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمته اربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لانه انما أعتقه بعوض يعتقدان صحته ، واذا تعذر العوض باسلامه كان عليه مايقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وام الولد والمدبر والميت والحمل والملك والجن والشياطين ، قال احمد فيمن وقف على مماليكه لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك ، قلنا الوقف هناك على المسلمين الا انه عين في نفع خاص لهم ، فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقابا وأثما بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد ، وان قلنا انه يملك بالتمليك لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل والعبد لا يملك ملكا لازما .ولا يصح الوقف على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر ، ولا على مرتد ولا حربي لان أموالهم مباحة في الاصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الاخذ لانه تحبيس الاصل

وابن مسعود وابن عباس وخالف أبا حنيفة صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم واحتج بعضهم بما روي أن عبدالله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يارسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما رواه المحاملي في أماليه ولانه إخراج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة، قلنا هذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ،لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافا، قال الحميدي تصدق أبو بكر بداره على ولده وعمر بربعه عند المروة على ولده وعثمان برومة وتصدق علي بأرضه بينبع وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم ، وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ له مقدرة إلا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر على الوقف منهم وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك اجماعا ولانه ازالة ملك يلزم بالوصية فاذا نجزه في حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وحديث عبدالله بن زيد ان ثبت فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير

(فصل) ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكا محترما ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي ان صفية بنت حيي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي ولان من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا لان الوقف عليهم لا على الموضع

(فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لان عمر رضي الله عنه جعل وقفه الى حفصة تليه ماعاشت ثم الى ذوي الرأي من أهلها ولان مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه فان جعل النظر لنفسه جاز وان جعله إلى غيره فهو له فان لم يجعله لأحد أو جعله لانسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لانه ملكه ونفعه له فكان نظره اليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على ان الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو الى الله تعالى؟ فان قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه اليه لانه ملكه عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه ويصرفه الى مصارفه

موقوف استأذناه فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليهما ولهذا لم يردها اليه انما دفعها اليهما ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبي ﷺ فرده اليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وانما يفتقر الى القبض والوقف لا يفتقر اليه فافترقا

(مسئلة) (ولا يجوز بيعه الا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله وكذلك الفرس الحبيس اذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه مايصلح للجهاد وكذلك المسجد اذا لم ينتفع به في موضعه وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها الى مسجد آخر)

وجملة ذلك أنه لايجوز بيع الوقف ولا هبته لقول النبي ﷺ في حديث عمر « غير أنه لايباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » فان تعطلت منافعه بالكلية كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا لا يمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه فان أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض وان لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه قال أحمد في رواية أبي داود اذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفا من اللصوص وإذا كان موضعه قذراً قال القاضي يعني اذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الامام. قال أبو بكر وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وانما تنقل آلتها قال وبالقول الاول أقول لاجماعهم على بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحا أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في نتاجها أو حصانا يتخذ للطراق فانه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن اذا خرب المسجد

لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين ، وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله ان يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه اما بجعل الواقف ذلك له او لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه وكان واحداً مكلفا رشيداً فهو أحق بذلك رجلا كان او امرأة عدلا كان او فاسقا لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كالطلق ، ويحتمل ان يضم الى الفاسق أمين حفظا لاصل الوقف عن البيع أو التضييع ، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل انسان في نصيبه وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما لصغر او سفه او جنون قام وليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه او لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف او الحاكم لم يجز ان يكون الا أمينا فان لم يكن أمينا وكانت توليته

والوقف عاد الى ملك واقفه لان الوقف انما هو تسبيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » ولان مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب الى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة أن انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا ولان فيما ذكرناه استبقاء للوقف بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو قبلها غيره قال ابن عقيل الوقف مؤبد فاذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وايصال الابدال جرى مجرى الاعيان وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدي اذا عطب فانه يذبح في الحال وان كان يختص بالموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفي منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع به بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع . ولنا على محمد بن الحسن انه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود الى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز بيع بعض آلته وصرفها في عمارته) كما يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه ولانه اذا جاز بيع الجميع عند الحاجة الى بيعه فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى .

(فصل) واذا بيع الوقف فأي شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الخرقي لكن تكون المنفعة مصروفة الى المصلحة التي كانت الاولى تصرف

من الحاكم لم تصح وأزيلت يده ، وان ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل وصار فاسقا ضم اليه أمين ينحفظ به الوقف ولم تزل يده ، ولانه أمكن الجمع بين الحقين ويحتمل أن لا تصح توليته وانه ينعزل اذا فسق في أثناء ولايته لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فانه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه

فيها لانه لا يجوز تغيير المصرف مع امكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به

(فصل) فان لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لان المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل الى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) فان لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف لم يجز بيعه لان الاصل تحريم البيع وانما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع ما يضيع المقصود وإن قل الاهم إلا أن يبلغ في قلة النفع الى حد لا يعد نفعاً فيكون وجوده كالعدم

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الارض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك ينظر الي قول أكثرهم واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد الى ان هذا مسجد أراد أهله انشاءه ابتداءاً واختلفوا كيف يعمل،وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزا لان مآله اليه ، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت وذهب القاضي الى ظاهر اللفظ وهو انه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم الى ذلك.والاول أصح وأولى ، وان خالف الظاهر فان المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة الى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولوجاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة

(مسئلة) (وما فضل من حصره وزيته عن حاجته جاز صرفه الى مسجد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين)

وكذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد يبنى فيبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه قال يعان به في مسجد آخر أو كما قال ، وقال المروذي : سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد اذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به ، وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت اذا تخرقت

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فان لم يمكن فمن غلته لان الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعه ولا يحصل ذلك الا بالانفاق عليه فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه مالكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ماسلف بيانه

تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة .

وروى الخلال باسناده عن علقمة عن أمه ان شيبة بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال ياأم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لاتلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بئس ماصنعت ولم تصب ان ثياب الكعبة اذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين . قال فكان شيبة يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قضية مثلها ينتشر ولم تنكر فتكون إجماعاً ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف نصرف الى المساكين كالوقف المنقطع

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد)

نص عليه أحمد فقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها ، ولو قلعها الامام لجاز ، وذلك لان المسجد لم يبن لهذا انما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها ويسقط عليها الطير وتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت مغروسة جاز الأكل منها)

يعني اذا كانت الشجرة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والشجرة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النفقة لاتباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم ، لان صاحب الارض لما جعلها مسجداً والشجرة فيها فقد وقف الارض والشجرة معاً ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف . وقد ذكرنا انه للمساكين في بعض الروايات . فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغي أن تباع ثمرتها وتصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره . وقال أبو الخطاب عندي ان المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرفت في عمارته ، وقال أحمد يأكلها الجيران محمول على انهم يعمرونه فان استغنى المسجد عنها فلا بأس بالأكل منها والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الهبة والعطية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن الا بقبضه)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران فان النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئا ينقرب به الى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع الى انسان شيئا للتقرب اليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب اليه ومحثوث اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم) اذا ثبت هذا فان المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالقبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم

باب الهبة والعطيـة

وهي تمليك في الحياة بغير عوض ، الهبة والعطية والهدية والصدقة معانيهما متقاربة وهي تمليك في الحياة بغير عوض ، واسم الهبة والعطية شامل لجميعها ، فأما الصدقة والهدية فهما متغايران وإن دخلا في مسمى الهبة والعطية فان النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر ان من أعطى شيئاً ينوي به التقرب الى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع الى انسان شيئاً للتقرب اليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب اليه فان النبي ﷺ قال « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير ، وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيآتكم

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرط فيها عوضاً معلوما صارت بيعا وعنه يغلب فيها حكم الهبة)

وجملة ذلك ان الهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت لمثله أو دونه أو أعلى منه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي كقولنا فيما اذا كانت لمثله أو دونه وإن كانت لأعلى منه اقتضت الثواب في أحد القولين وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

قوله عليه السلام « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان ماقلناه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يابنية ماأحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أحد أعز علي فقراً منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ووددت انك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عند عبد الرحمن بن عبد القاري، أن عمر بن الخطاب قال : مابال أقوام ينحلون أولادهم فاذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي واذا مات هو قال كنت نحلته ولدي؟ لانحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فان مات ورثه . وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده اذا كانوا صغاراً . قال المروذي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي أن الهبة لاتجوز الا مقبوضة ولانها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فان مالكا يقول لايلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لان الوقف اخراج ملك الى الله تعالى

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبة المثل والوصية، وقول عمر قد خالفه ابنه وابن عباس فلا يبقى حجة فان عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها، فان شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه، لانه تمليك بعوض معلوم فهو كالهبة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وبه قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول انها لاتصح لانه شرط في الهبة ماينافي مقتضاها.

ولنا انه تمليك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فانه لو أطلق التمليك كان هبة فاذا ذكر العوض صار بيعا وفيه رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب انه يغلب عليها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

﴿ مسألة ﴾ (وان شرط ثوابا مجهولا لم تصح الهبة)

وحكمها حكم البيع الفاسد لانه عوض مجهول في معاوضة فلم يصح كالبيع ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانه نماء ملك الواهب، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور وعنه انه قال يرضيه بشيء. وظاهر كلام أحمد انها تصح فاذا أعطاه عنها عوضا رضي لزم العقد بذلك، قال أحمد في رواية محمد ابن الحكم اذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع اذا لم يثبه لانه شرط، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد اذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه منها فعلى هذا عليه أن

فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعتق اسقاط حق وليس بتمليك ولان الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وقول الخرقي : لا يصح. يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فان الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم اليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسئلة كما يصح في البيع وقد تقرر في البيع ان بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وانما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات . وقوله مايكال ويوزن ، ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا باذنه فان قبضها الموهوب له بغير اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة انه إذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم الا بالقبض

ولنا انه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها . ولان

يعطيه حتى يرضيه ، فان لم يفعل فللواهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة لانه عقد معاوضة فاسد فلزم ضمان العين اذا تلفت كالبيع الفاسد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر له التراضي إلا انه بيع بالمعاطاة فاذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعاطاة ولا التراضي والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه : من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها مالم يرض منها، وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى ان الهبة المطلقة تقتضي ثوابا ، وقد روى أبو هريرة ان أعرابيا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كانت تسعا قال رضيت ، فقال النبي ﷺ « لقد هممت أن لا اتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » من المسند ، فان تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثبه منها فقال أحمد لا أرى عليه نقصان مانقص عنده اذا رده الي صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك اذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

﴿ مسئلة ﴾ (وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الايجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها)

فالايجاب أن يقول وهبتك أو أهديت اليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ

التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض بدليل ما بعد المجلس. ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن اورجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض، وان رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لان الهبة تمت

(فصل) وان مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة و الشركة . وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فانها تعود الى صاحبها ما لم يقبضها . وروى باسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها « اني قد أهديت الى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة علي فان ردت فهي لك » قالت فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. وان مات صاحب الهدية قبل أن تصل الى المهدى اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس للرسول حملها الى المهدى اليه الا أن يأذن له الوارث ، ولو رجع المهدي في هديته قبل وصولها الى المهدى اليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية

الدالة على هذا المعنى ، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا ، وتصح بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليهما وإن لم يحصل ايجاب أو قبول ، ذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لابد فيها من الايجاب والقبول ، ولا تصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يوجد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تمليك فافتقر الى الايجاب والقبول كالنكاح ، والصحيح ان المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ اختاره ابن عقيل فان النبي ﷺ كان يهدي ويهدى اليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لاحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشتهراً ، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول الله ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد الله بن عمر فاصنع به ماشئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا لفعله النبي وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ماشاء قبل أن يقبله ، وروى أبو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا أتي بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه « كلوا » ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في ان تقديم الطعام بين يدي الضيفان والاذن في أكله ان ذلك لايحتاج الى ايجاب ولا قبول ولانه وجد مايدل على التراضي بنقل الملك فاكتفى به كما لو وجد الايجاب والقبول ؛ قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب مع الاطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لانه اذا لم يكن عرف يدل

وقال أبو الخطاب إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وان مات أحدهما قبل القبول أو مايقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فأشبه مالو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا ان الهبة لاتبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن وجهاً واحداً لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه فلم يلزم بغير اذنه وان كان الموهوب له فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن

(فصل) وان وهبه شيئا في يد المتهب كوديعة أو مغصوب فظاهر كلام أحمد ان الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى القبض فيها فانه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لامرأته شيئا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت . فظاهر هذا انه لم يعتبر قبضا ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه . وقال القاضي لابد من مضي مدة يتأتى فيها القبض . وقد روى عن احمد رواية أخرى انه يفتقر الى اذن في القبض وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن . ومذهب الشافعي كمذهبنا في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها

على الرضى فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الاحوال والدلالة فلا وجه لتوقفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو اجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال فانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي بها في الهبة أولى . وأما النكاح فانه يشترط فيه مالا يشترط في غيره من الاشهاد ولا يقع إلا قليلا فلا يشق اشتراط الايجاب والقبول فيه بخلاف الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وتلزم بالقبض وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة) أما المكيل والموزون الذي لايتميز إلا بالكيل والوزن فلا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض وعلى قياس ذلك المعدود والمذروع ، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام «العائد في هبته كالعائد في قيئه » ولانه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق ولانه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم نعرف لهما في الصحابة مخالفا ، وقد روى عروة عن عائشة رضي الله عنها ان أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال : يابنية ما أحد أحب غنى منك بعدي ولا أحد أعز عليّ فقراً منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ووددت انك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل ، رواه مالك في موطئه . وروى ابن عيينة عن

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع)

يعني ان غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع الا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لاتجوز الا مقبوضة ويروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسئلة الاولى. ووجه الرواية الاولى أن الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها مالا يلزم قبل القبض ومنها مايلزم قبله كالبيع فان فيه مالا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ماعدا ذلك . فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فان جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لابد فيه من القبض ، وان أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر اني نحلت ولدي شيئا ويمسكه في يده ويستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وان مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا

الزهري عن عروة بن عبد الرحمن بن عبد القاري ان عمر بن الخطاب قال: مابال قوم ينحلون أولادهم فاذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي فاذا مات هو قال قد كنت نحلت ولدي، لانحلة لانحلة يحوزها الولد دون الوالد ، فان مات ورثه قال المروذي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ان الهبة لاتجوز إلا مقبوضة ولانها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض فان مالكا يقول لايلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لان الوقف إخراج ملك الى الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك ولان الوقف والعتق لايكون في محل النزاع لان النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وفي غير المكيل والموزون روايتان (إحداهما) ان حكمه حكم المكيل والموزون في انه لايلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم ، قال المروذي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ان الهبة لاتجوز إلا مقبوضة روي ذلك عن النخعي والثوري والعنبري والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المكيل والموزون (والثانية) انها تلزم بمجرد العقد وتثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه فروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور لان الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها مالا يلزم قبل القبض ومنها مايلزم قبله كالبيع فان منه مالا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه

على هذا الوجه محرم ونهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فان مات ورثها ورثته كسائر ماله واذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الخرقي اذا قبل يدل على انه انما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الايجاب والقبول، والايجاب أن يقول وهبتك أو اهديت اليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا . وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها الا بايجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تمليك فافتقر الى الايجاب والقبول كالنكاح ، والصحيح أن المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فان النبي ﷺ كان يهدي ويهدى اليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهوراً ، وكان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بعنيه » فقال هو لك يارسول الله ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد الله بن عمر فاصنع به ماشئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا لفعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ماشاء قبل ان يقبله

مايلزم قبله وهو ماعدا ذلك ، فأما حديث أبي بكر في هبته لعائشة فان جذاذ عشرين وسقاً يحتمل انه أراد به عشرين وسقاً مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لابد فيه من القبض، وإن أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة ، وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر اني نحلت ولدي شيئا ويمسكه في يده يستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها ، وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثته شيئا وهذا على هذا الوجه محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده ،فان مات ورثها ورثته كسائر ماله ، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الوالد وشبهه، على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قوله في المكيل والموزون ان الهبة لا تلزم فيه الا بالقبض محمول على عمومه في كل ما يكال ويوزن وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين منه كقفيز من صبرة ورطل من دن وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح القبض إلا باذن الواهب الا ما كان في يد المتهب فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه وعنه لا يصح حتى يأذن في القبض

وروى ابو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا أتي بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه كلوا ولم يأكل ، وان قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الاكل وانه لا يحتاج الى قبول بقوله ، ولانه وجد مايدل على التراضي بنقل الملك فاكتفي به كما لو وجد الايجاب والقبول

قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب والقبول مع الاطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى لانه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلابد من قول دال عليه، أما مع قرائن الاحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال وانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي به في الهبة أولى

(فصل) والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل اليه فان أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب وكل الشريك في قبضه لك ونقله فان أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض لانه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه

(فصل) و تصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي . قال الشافعي سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة

اذا قلنا ان الهبة لا تلزم الا بالقبض لم يصح القبض إلا باذن الواهب لانه قبض غير مستحق عليه ولانه أمر تلزم به الهبة فلم يصح الا باذن الواهب كأصل العقد لان قبضه مستدام فأغنى عنه الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، فأما ما كان في يد المتهب كالوديعة والمغصوب فظاهر كلام أحمد أنها تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى فيها القبض فانه قال في رواية ابن منصور اذا وهب امرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه لان قبضه مستدام اغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح ان شاء الله تعالى. قال القاضي لا بد من مضي مدة يتأتى القبض فيها، وهل يفتقر الى اذن في القبض؟ فيه روايتان (احداهما) يفتقر كغير المقبوض (والثانية) لا يفتقر لانه مقبوض فلا معنى لتجديد الاذن فيه وقد ذكرنا ذلك في الرهن ومذهب الشافعي في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها كمذهبنا

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وان شاء رجع فيها فان قبضها المتهب بغير اذن الواهب لم يصح القبض ولم تتم الهبة وحكي عن أبي حنيفة أنه اذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لا يتم الا بالقبض

يمنع صحة القبض وتمامه فان كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وان وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع

ولنا أن وفد هوازن لما جاؤا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ماغنمه منهم قال رسول الله ﷺ « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهذا هبة المشاع . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لاصلح بردعة لي فقال النبي ﷺ « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لك »

وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله ﷺ « دعوه فانه يوشك أن يجيء صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يارسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس . رواه الامام أحمد والنسائي ، ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لاينقسم ولانه مشاع فأشبه مالا ينقسم ، وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لايصح فانه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه

ولنا أنه قبض الهبة بغير اذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس وكما لو نهاه ولان التسليم غير مستحق على الواهب فلم يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل قبض ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض كما بعد المجلس ويحتمل أنه اذا قبضها بحضرة الواهب أن يقوم ذلك مقام الاذن كما جعلنا أخذ المتهب لها باذن الواهب دليلا على القبول فان أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض وان رجع بعد القبض لم يصح رجوعه لان الهبة تمت

﴿مسئلة﴾ (فان مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن والرجوع)

وجملة ذلك أنه اذا مات الواهب أو المتهب قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة قال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فانها تعود الى صاحبها ما لم يقبضها وروى باسناده عن أم كلثوم بنت أبي سلمى قالت لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها « اني أهديت الى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي الا قدمات ولا أرى هديتي الا مردودة علي فان ردت فهي لك » فكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطي كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة وان

(فصل) ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يفتقر الى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع ، وإن وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لانه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الواهب فان وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح ، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب وبرىء الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تمليك بغير عوض أشبه الوصية ، ويحتمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسمك في الماء اذا كان مملوكا

(فصل) ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه مجهول معجوز عن تسليمه، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصرف وحلب الشاة كان اباحة ، وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا ولا تصح هبة المعدوم كالذي تثمر شجرته أو تحمل أمته لان الهبة عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

مات المهدي قبل أن تصل الى المهدى اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس للرسول حملها الى المهدى اليه الا أن يأذن الوارث والهبة كالهدية، وقال أبو الخطاب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لم تنفسخ بموته وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد القبول وان مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فهو كما لو مات المشتري بعد الايجاب وقبل القبول فان قلنا ان الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه وان كان المتهب فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برىء وان رد ذلك ولم يقبله)

لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق وكذلك إن قال تصدقت به عليك فان القرآن ورد في الابراء بلفظ الصدقة قال الله تعالى (ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح قال الله تعالى (الا أن يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يريد به الابراء من الصداق، فان قال اسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة اللفظ وكذلك ان قال ملكتك لانه بمنزلة هبته اياه فان وهب الدين لغير من هو في ذمته لم يصح قياساً على البيع

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لاتصح هبة المجهول ، وقال في رواية حرب اذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يجز وبه قال الشافعي، ويحتمل أن الجهل اذا كان في حق الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لانه لاغرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له ، وقال مالك تصح هبة المجهول لانه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الاول أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية

(فصل) ولا يصح تعليق الهبة بشرط لانها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع فان علقها على شرط كقول النبي ﷺ لام سلمة « إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك » كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئا لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وان وقت الهبة فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلي لم يصح لانه عقد تمليك لمعين فلم يصح مؤقتا كالبيع

(فصل) وان وهب أمة واستثنى مافي بطنها صح في قياس قول أحمد فيمن أعتق أمة واستثنى مافي بطنها لانه تبرع بالام دون مافي بطنها فأشبه العتق وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به

ويحتمل ان يصح لانه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الاعيان

(فصل) وتصح البراءة من المجهول اذا لم يكن لهما سبيل الى معرفته وقال ابو حنيفة تصح مطلقاً وقال الشافعي لا تصح الا انه اذا اراد ذلك فقال ابراتك من درهم الى الف لان الجهالة انما منعت لاجل الغرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا ان النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في مواريث درست « اقتسما وتوخيا ثم استهما ثم تحالا » رواه أبو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالطلاق والعتاق وكما لو قال من درهم الى الف ، ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل الى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن اخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق ، فأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من انه اذا علمه لم يسمح بابرائه منه فينبغي ان لا تصح البراءة فيه لان فيه تغريراً بالمبريء وقد أمكن التحرز منه ، وقال اصحابنا لو ابراه من مائة وهو يعتقد انه لا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (احدهما) صحتها لانها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا يصح لانه ابرأه مما لا يعتقد انه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة، واصل الوجهين ما لو باع ما لا كان لموروثه يعتقد انه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع وفي صحة الابراء وجهان

(فصل) واذا كان له في ذمة انسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وان رد ذلك فلم يقبله لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق ، وان قال تصدقت به عليك صح فان القرآن ورد في الابراء بلفظ الصدقة بقول الله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح لان الله تعالى قال (الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يعني به الابراء من الصداق وان قال أسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وان قال ملكتك إياه صح لانه بمنزلة هبته إياه

(فصل) فان وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه اياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري واسحاق . قال أحمد اذا كان لك على رجل طعام قرضا فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة واذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضا بمالك عليه ، وقال الشافعي إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه ، وان كان على ملي باذل له ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقابضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين

ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق، فاما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لانه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الاعيان

(فصل) تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لها سبيل إلى معرفته ، وقال أبو حنيفة تصح مطلقا

(فصل) فان كان الموهوب له طفلا او مجنوناً لم يصح قبضه ولا قبوله لانه من غير اهل التصرف ويقبض له ابوه ان كان اميناً لانه اشفق عليه واقرب اليه ، فان لم يكن له اب قبض له وصي ابيه لان الاب اقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله، وان كان الاب غير مأمون او كان مجنونا او كان لاوصي له قبل الحاكم، ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وامين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الاب الامين ووصيه يقوم كل واحد منهما مقام الصبي والمجنون في القبول والقبض ان احتيج اليه لانه قبول لما للصبي او المجنون فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض من غير هؤلاء قال احمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة او تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وابوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضاً ولا يكون الا للاب،وقال عثمان رضي الله عنه احق من يحوز للصبي ابوه وهذا مذهب الشافعي لا اعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتهب او نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له ، اما غيره فلا نيابة له، قال شيخنا ويحتمل ان يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له اب ولا وصي ويكون

وقال الشافعي لاتصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأتك من درهم إلى ألف لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا أن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في مواريث درست « اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا » رواه أبو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم إلى الف ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق ، وأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفا من أنه اذا علمه لم يسمح بابرائه منه فينبغي أن لا تصح البراءة فيه لان فيه تغريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه ، وقال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (أحدهما) صحتها لانها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا تصح لانه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة. وأصل الوجهين مالو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح؟ فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع ، وفي صحة الابراء وجهان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بامره)

وجملة ذلك أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله لانه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم

فقيراً لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من اقاربه وغيرهم

(فصل) فان كان الصبي مميزاً فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي فههنا أولى، ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لانه مصلحة لا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسبه المباحات،ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بتوقفه على إذن وليه كقبضه أوديعته بخلاف القبول فانه يحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده .

(فصل) فان وهب الاب لولده الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبدالعزيز ، فان كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى

مقامه في ذلك فان كان له أب أمين فهو وليه لانه أشفق عليه وأقرب اليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لان الاب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله ، وان كان الاب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الاب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض ان احتيج إليه لان ذلك قبول للصبي فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة او تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وابوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضا ولا يكون الا للاب وقال عثمان رضي الله عنه احق من يحوز على الصبي ابوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل ان يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له اب ولا وصي ويكون فقيرا لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك اولى من مراعاة الولاية . فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وان كان الصبي مميزا فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ الا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي

بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يكفي قوله قد قبلته لان القبول لا يغني عن القبض، وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول، قال ابن المنذر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لولده الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض وان الاشهاد فيها يغني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلة فاعان ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه، وقال القاضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قبلته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لا تصح الا بالايجاب والقبول وقد ذكرنا من قبل ان قرائن الاحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال أمر النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته ، وليس هذا مذهباً لاحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قال له فان سها قال اذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وان يرجو أن يكتفي مع التميز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء ،وقال بعض أصحابنا يكتفى بأحد لفظين اما أن يقول قد قبلته أو قد قبضت لان القبول يغني عن القبض وظاهر كلام احمد ما ذكرناه ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما

فههنا اولى ولا يحتاج الى إذن الولي ههنا لانه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستوليا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على اذن وليه كقبضه لوديعته واما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير اذن كاحتشاشه واصطياده

(فصل) فان وهب الاب لابنه شيئا قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه واشهد عليه ان الهبة تامة هذا قول مالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز، ثم ان كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يغني قوله قد قبلته لان القبول لايغني عن القبض، وان كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبدالبر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير في حجره لايحتاج إلى قبض وان الاشهاد فيها يغني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب ان عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلة فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه، وقال القاضي لابد في هبة الولد من أن يقول قد قبلته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لاتصح إلا بايجاب وقبول، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الاحوال ودلالتها تغني عن

ذكرنا وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز الا ان يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك او يتلف بغير سببه فلا يمكن ان يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً

ولنا ان ذلك مما يصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له صح كالعروض

(فصل) فان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لابد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، قال شيخنا والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز ان يتولى طرفيه كالاب . وفارق البيع فانه يجوز ان يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فجاز ان يتولى طرفي العقد كالاب، ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ولاننا قد ذكرنا انه يستغنى بالايجاب والاشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة الى التوكيل فيهما مع غناه عنهما

لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته وليس هذا مذهباً لاحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلي أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قيل له فان سها؟ فقال اذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وانه يرجو أن يكتفي مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء، وقال بعض أصحابنا يكتفي باحد اللفظين إما أن يقول قد قبلته أو قد قبضته لان القبول يغني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً

ولنا أن ذلك مما لا تصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض

(فصل) وان كان الواهب للصبي غير الاب من أوليائه فقال أصحابنا لابد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالاب، وفارق البيع فانه لا يجوز

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء اذن فيها الولي او لم يأذن لانه محجور عليه لحظ نفسه فلا يصح تبرعه كالسفيه، فأما العبد فلا يجوز ان يهب الا باذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له ازالة ملك سيده عنه بغير اذنه كالاجنبي وقد ذكرنا في جواز الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه رواية ان ذلك جائز وذكرنا دليله في الحجر وللعبد ان يقبل الهدية والهبة بغير اذن سيده نص عليه احمد لانه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر اذنه فيه كالالتقاط والاصطياد ونحوه:

(فصل) والقبض في الهبة كالقبض في البيع وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في كتاب البيع وهذا مقيس عليه

《مسئلة》 (وتصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي وسواء في ذلك ما أمكن قسمته او لم يمكن

وقال اصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه وتصح هبة مالا يمكن قسمته لعدم ذلك فيه فان وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع

أن يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه ، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالاب ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولاننا قد ذكرنا أنه يستغني بالايجاب والاشهاد الى القبض والقبول فلاحاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لانه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا باذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالاجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده نص عليه أحمد لانه تحصيل المال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط وما وهبه لسيده لانه من اكتسابه فأشبه اصطياده

(مسئلة) قال (واذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر النبي ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الانسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل فان خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية باحد أمرين اما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر قال طاوس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك ، وروي معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء ، وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ذلك جائز ، وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبا بكر رضي

ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ماغنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهو هبة مشاع وروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وقد جاء رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بها برذعة لي فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ماكان لي ولبني عبد المطلب فهو لك » وروى عمير بن سلمة الضمري قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دعوه فانه يوشك أن يجيء صاحبه » فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله شأنكم بالحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقسم بين الناس رواه الامام أحمد والنسائي ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، وقولهم أن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح لانه لا يمنع صحته في البيع فكذا ههنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون صاحبه

﴿مسئلة﴾ (وتصح هبة ما يجوز بيعه لانه تمليك في الحياة فصح كالبيع وتصح هبة الكلب وما يباح الانتفاع به من النجاسات لانه تبرع فجاز في ذلك كالوصية ، ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة

الله عنه نحل عائشة ابنته جداذ عشرين وسقا دون سائر ولده ، واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولانها عطية تلزم بموت الاب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

ولنا ماروى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تُشهد عليها رسول الله ﷺ فجا أبي رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال « أ كل ولدك أعطيت مثله ؟ » قال لا قال «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وفي لفظ قال« فاردده » وفي لفظ قال« فأرجعه » وفي لفظ «لا تشهدني على جور » وفي لفظ «فاشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم » وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لانه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والامر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها . وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي

لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه منه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع فان وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لامكان قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الواهب فان وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح وان وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل في زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب وبريء الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس شرطاً في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك يحتمل أن لا يعتبر في صحة هبته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تمليك بلا عوض أشبه الوصية ويحتمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه أشبه الحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء أو السمك في الماء اذا كان مملوكا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح هبة المجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لأنه مجهول معجوز عن تسليمه فلم تصح هبته كما لا يصح بيعه ، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ، ولا تصح هبة المعدوم كالذي تحمل امته أو شجرته لأن الهبة عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح نص عليه احمد في رواية أبي داود وحرب وبه قال الشافعي ، قال شيخنا ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لانه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالوصية ، وقال مالك : تصح هبة المجهول لانه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية

ﷺ ولا يحتج به معه . ويحتمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات ، وقول النبي ﷺ « فأشهد على هذا غيري » ليس بأمر لان أدنى أحوال الامر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد ولو أمر النبي ﷺ باشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرده، وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه والله أعلم

ولنا أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية فاما ما لا يقدر على تسليمه فتصح هبته في أحد الاحتمالين اذا قلنا إن القبض ليس بشرط في صحة الهبة وقد ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز تعليقها على شرط ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها)

لا يصح تعليق الهبة على شرط لانها تمليك لعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع ، فان علقها على شرط كقول النبي ﷺ لأم سلمة « ان رجعت هديتنا الى النجاشي فهي لك » كان وعداً لا هبة ومتى شرط شرطاً ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلاناً شيئاً لم يصح الشرط رواية واحدة ، وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا توقيتها كقوله وهبتك هذا سنة)

اذا وقت الهبة كقوله وهبتك هذا سنة ثم يعود الي لم يصح لانه عقد تمليك لعين فلم تصح مؤقتاً كالبيع

(فصل) وان وهب امة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول احمد فيمن اعتق امة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالأم واستثنى ما في بطنها أشبه العتق ، وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور ، ويتخرج أن لا يصح كما لو باع أمة واستثنى ما في بطنها ، وقد ذكرناه في البيع ، وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به .

﴿ مسئلة ﴾ (الا في العمرى والرقبى وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك عمرك أو حياتك فانه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

العمرى والرقبى نوعان من أنواع الهبة يفتقران الى ما يفتقر اليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره ، وصورة العمرى أن يقول أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرك أو ماعشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقييدها بالعمر ، والرقبى

(فصل) فان خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الاثرة، والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته، والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر، ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص بالقرابة. وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبي ﷺ الاستفصال

أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت الي وان مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً، ولذلك سميت رقبى لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، وهما جائزان في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لاتصح لقول النبي ﷺ «لا تعمروا ولا ترقبوا»

ولنا ماروى جابر قال: قال رسول الله ﷺ «العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لأهلها» رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث حسن، فاما النهي فانما ورد على وجه الاعلام لهم انكم ان أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء، وسياق الحديث يدل عليه فانه قال «فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وعقبه» ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي انما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة، أما اذا كان صحة المنهي ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض، وصحة العمرى ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض. اذا ثبت ذلك فان العمرى تنقل الملك الى المعمر، وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن علي، وقال مالك والليث: العمرى تمليك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فيه فان مات عادت الى المعمر وان قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر، واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا، وقال ابراهيم الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والافقار والمنحة والعارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التمليك لا يتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها

يجوز أن يكون لعلمه بالحال . فان قيل لو علم بالحال لما قال « ألك ولد غيره ؟ » قلنا يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه السلام للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب إذا يبس ؟ » قال نعم قال « فلا إذاً » وقد علم ان الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا ههنا

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهة التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل . إذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الانثيين وبهذا قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن . قال

فانه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه » رواه المسلم وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا رقبى، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته» وعن زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة سيد المرسلين ؟ ولا يصح دعوى اجماع اهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعرابي انها عند العرب تمليك المنافع لا يضر اذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ونقل الظهار والايلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة، وقولهم ان التمليك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكا مطلقاً فان قال في العمرى انها للمعمر وعقبه كان توكيداً لحكمها وتكون للمعمر ولورثته وهو قول جميع القائلين بها

﴿ مسألة ﴾ (وان شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لآخرنا موتاً صح الشرط وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

أما إذا شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لآخرنا موتاً أو اذا مت عادت الي إن كنت حياً أو الى ورثتي ففيه روايتان

(احداهما) صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت الى المعمر ، وبه قال القاسم بن محمد ويزيد بن قسيط والزهري وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك فاما اذا قال هي لك ماعشت فانها ترجع الى صاحبها متفق عليه ، وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي أعطيها لا ترجع الى من أعطاها » لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم .

شريح لرجل قسم ماله بين ولده : اردد هم الى سهام الله تعالى وفرائضه : وقال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك : تعطي الانثى مثل مايعطى الذكر لان النبي ﷺ قال لبشير بن سعد « سو بينهم » وعلل ذلك بقوله « أيسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال « فسو بينهم » والبنت كالابن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها . وعن ابن عباس قال قال رسول الله « سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه . ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالنفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدي بقسمة الله ، ولان العطية في الحياة أحد حالي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث يحققه ان العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها

(والثانية) أنها تكون للمعمر أيضاً ولورثته ويبطل الشرط وهو قول الشافعي في الجديد وأبي حنيفة ، قال شيخنا وهو ظاهر المذهب نص عليه احمد في رواية أبي طالب للاحاديث المطلقة التي ذكرناها ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » ، قال مجاهد والرقبى هو أن يقول هي للآخر مني ومنك موتاً قال مجاهد سميت بذلك لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وروى الامام احمد باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا عمرى ولا رقبى ، فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في ابطال الشرط لان الرقبى يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله فاما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وانما نقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم قال « امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فانه من اعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتاً ولعقبه » ولانا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لايجوز فيها التأقيت وانما لم يفسدها الشرط لانه ليس بشرط على المعمر وانما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه وانا قوله في الحديث الآخر لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فيمن اعمر عمرى له ولعقبه فهي له بتلة لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية قال أبو سلمة لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

(فصل) والرقبى كالعمرى قال أحمد هي أن يقول هي لك حياتك فاذا مت فهي لفلان أو هي راجعة الي وهي كالعمرى فيما إذا شرط عودها إلى المعمر قال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء وقال طاوس من ارقب شيئاً فهو سبيل الميراث وقال الزهري الرقبى وصية يعني ان معناها اذا مت فهذا لك وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة لما روى أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى لان

يؤديها على ضفة أدائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر مقرونا بهذا المعنى فتعلل به ويتعدى ذلك الى العطية في الحياة. وحديث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وانما ثبت حكمها فيما ماثلها ولا نعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي ﷺ قد علم انه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل انه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته فان القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس انه مرسل

معناها انها للآخر منا وهذا تمليك معلق بخطر ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر

ولنا ماذكرنا من الاحاديث وحديثهم لا نعرفه ولا نسلم ان معناها ما ذكروه بل معناها انها لك حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء لانه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل) وتصح العمرى في الحيوان والثياب لانها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات وقد روي عن احمد في الرجل يعمر الجارية أنه قال لاأرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد في وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لكون الوطء استباحة فرج وقد اختلف في العمرى فجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها جاز

(فصل) وقد ذكرنا أنه لو وقت الهبة في غير العمرى والرقبى كقوله (وهبتك هذا سنة) أو الى ان يقدم الحاج أو الى ان يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تمليك للرقبة فلم تصح موقتة كالبيع وتفارق العمرى والرقبى لان الانسان انما يملك الشيء عمره فاذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق

(فصل) فاما إن قال سكناها لك عمرك فله اخذها في أي وقت أحب وكذلك ان قال اسكنها أو أسكنتكها عمرك أونحو ذلك فليس هذا عقداً لازماً لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع انما تستوفى بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ماقبضه منها واستوفاه بالسكنى فعلى هذا للمسكن الرجوع متى شاء وتبطل بموت من مات منهما وبه قال اكثر اهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمرى يثبت فيها مثل حكمها وحكي عن الشعبي أنه قال اذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته، وان قال داري هذه أسكنها حتى تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه إذا قال لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى ، واذا قال اسكن داري هذه فانما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطاؤهم على قدر مواريثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وأعمام وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم ، وقال ابو الخطاب المشروع في عطية الاولاد وسائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فان خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت فيهم مثل حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولان الاصل إباحة تصرف الانسان في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد بالخبر وليس غيرهم في معناهم لانهم استووا في وجوب بر والدهم فاستووا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال «أيسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولان للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولان الاولاد

ولنا ان هذا اباحة المنافع فلم يقع لازما كالعارية وفارق العمرى فانها هبة الرقبة فأما قوله هذه لك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على انه أراد السكنى فأشبه مالو قال هذه لك سكناها واذا احتمل أنه يريد به الرقبة واحتمل ان يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال.

(فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه، عالماً بأنه ملكه، وان اعتقد صحة العقد الاول ففي الثاني وجهان (احدهما) صحته لانه تصرف صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفاً يعتقد فساده ففسد كما لو صلى يعتقد انه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد انها لابيه فبان أنه قد مات وملكها الوارث او غصب عيناً فباعها يعتقدها مغصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين . قال القاضي: أصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو باشر بالعتق من يعتقدها حرة فبانت امته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان وللشافعية في هذه المسئلة وجهان كما حكينا والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (والمشروع في عطية الاولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم)

ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بينهم وكراهية التفضيل قال ابراهيم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل، اذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة ان يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده : أرددهم الى سهام الله وفرائضه وقال عطاء ماكانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك يعطي الانثى مثل مايعطي الذكر لان النبي ﷺ قال لبشير بن سعد «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله «أيسرك ان يستووا في برك» فقال نعم قال «فسو بينهم» والبنت كالابن في استحقاق برها فكذلك في عطيتها وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

اشـدة محبة الوالد لهم وصرف ماله اليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولا نص في غيرهم ولان النبي ﷺ قد علم لبشير زوجة ولم يأمره باعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين الاولاد كالاب لقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولانها أحد الوالدين فمنعت التفضيل كالاب ، ولان مايحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص الام بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه في ذلك

(فصل) وقول الخرقي: أمر برده يدل على أن للاب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد برجوعه التسوية بين الاولاد أو لم يرد وهـذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري

«سووا بين اولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً أحداً لآثرت النساء على الرجال» رواه سعيد في سننه ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالنفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى ولان العطية في الحياة إحدى حالتي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما ان معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة ادائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما اذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر ، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله الميراث ففضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فيعلل به ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها انما يثبت حكمها في مثلها ولا نعلم حال اولاد بشير هل كان فيهم انثى أولا؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل انه أراد التسوية في اصل العطاء لا في صفته فان التسوية لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على ان الصحيح في خبر ابن عباس أنه مرسل

﴿مسئلة﴾ (فان خص بعضهم أو فضله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا)

قد ذكرنا ان المشروع أن يسوي بين أولاده في العطية على قدر ميراثهم فان خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم اثم اذا لم يختص بمعنى يبيح التفضيل ووجب عليه التسوية اما برد ما فضل به البعض أو اعطاء الآخر حتى يتم نصيبه قال طاوس لايجوز ذلك ولا رغيف محترق ، وبه قال ابن المبارك وروي معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي يجوز ذلك وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبابكر

والعنبري لقول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه » متفق عليه ، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها رواه مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فاردده» وروي «فارجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته ، وأقل أحوال الامر الجواز ، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده ألا تراه قال في الحديث فرجع أبي فرد تلك الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق علي أبي بصدقة ، وقول بشير إني نحلت ابني غلاما يدل على أنه كان قد أعطاه ، وقول النبي ﷺ «فاردده» وقوله «فارجعه» وروى

رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جداد عشرين وسقاً دون سائر ولده واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فامره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولانها عطية تلزم بموت الاب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

ولنا ماروى النعمان بن بشير قال تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا ارضى حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء بي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقتي فقال «اكل ولدك اعطيت مثله» قال لا قال «فاتقوا الله واعدلوا بين اولادكم» قال فرجع ابي فرد تلك الصدقة وفي لفظ قال «فاردده» وفي لفظ «فارجعه» وفي لفظ «لاتشهدني على جور» وفي لفظ «فلا تشهدني اذاً» وفي لفظ «فاشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» متفق عليه وفيه دليل على التحريم لانه سماه جوراً وأمره برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والامر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها وخالتها وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحتج به معه ويحتمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب والسبب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون نحلها ونحل غيرها من ولده او نحلها وهو يريد ان ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حمله على مثل محل النزاع منهي عنه واقل احواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر رضي الله عنه اجتناب المكروهات وقول النبي صلى الله عليه وسلم «فاشهد على هذا غيري» ليس بأمر لان ادنى أحوال الامر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا وكيف يجوز ان يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته اياه جوراً وحمل الحديث على هذا حمل لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على التناقض ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم باشهاد غيره لامتثل بشير أمره ولم يرده وانما هو تهديد له فيفيد ما أفاده النهي عن اتمامه

طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال « ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره وقياسهم منقوض بهبة الاجنبي فان فيها أجراً وثوابا فان النبي ﷺ ندب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمسألتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله تصدق علي أبي بصدقة

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أن الام كالاب في الرجوع في الهبة لان قوله واذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه: أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها لما دخلت في قول النبي «سووا بين أولادكم» ينبغي أن يتمكن من التسوية والرجوع في الهبة طريق في التسوية وربما تعين طريقا فيها اذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية الاول

(فصل) فأما ان خص بعضهم لمعنى يقتضيه تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عمي أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته ولكونه يعصي الله تعالى بما يأخذه فقد روي عن أحمد مايدل على جواز ذلك فانه قال في تخصيص بعضهم بالوقف لا بأس اذا كان لحاجة واكرهه اذا كان على سبيل الاثرة والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته قال شيخنا والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص بالقرابة وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها وترك النبي ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال فان قيل لو علم الحال لما قال « ألك ولد غيره؟ » قلنا يجوز أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه الصلاة والسلام الذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب اذا يبس قال نعم » قال «فلا اذاً » وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع والله أعلم

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين أولادها كالاب لقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولانها أحد الوالدين أشبهت الاب ولان مايحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والتباغض يوجد مثله في تخصيص الام فيثبت لها مثل حكمه في ذلك

(مسألة) (وان مات قبل ذلك ثبت للمعطى وعنه لا يثبت وللباقين الرجوع اختاره أبو عبدالله بن بطة)

اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني واختاره الخلال وصاحبه أبو بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وهو الذي ذكره الخرقي، وفيه رواية أخرى أن لباقي الورثة أن يرتجعوا ماوهبه اختاره أبو عبدالله بن بطة وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير واسحاق قال أحمد : عروة قد روى الاحاديث الثلاثة حديث

ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعيد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله « فاردده » وقوله « فارجعه » ولأنها لما ساوت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصا لها من الاثم وإزالة للتفضيل المحرم كالاب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال الاثرم قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لان للاب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ ، وذكر حديث عائشة « أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فانه خص الوالد وهو باطلاقه إنما يتناول الاب دون الام والفرق بينهما ان للاب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث والام بخلافه ، وقال مالك للام الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حيا فان كان ميتا فلا رجوع لها لانها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب الى حديث النبي ﷺ « رد في حياة الرجل وبعد موته » وهو قول اسحاق إلا انه قال اذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون اخوته وأخواته لان النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله لبشير « لا تشهدني على جور » والجور لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراما فيجب رده ولان أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد لم يكن علم به ولا أعطاه شيئا وكان ذلك بعد موت سعد فروى سعيد باسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا إن سعدا قسم ماله ولم يدر ما يكون وإنا نرى أن ترد هذه القسمة فقال لم أكن لاغير شيئا صنعه سعد ولكن نصيبي له وهذا معنى الخبر ، ووجه الرواية الاولى قول أبي بكر لعائشة رضي الله عنهما لما نحلها نحلا وددت أنك كنت حزتيه فيدل على انها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع وقال عمر لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولانها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ولانه حق للاب يتعلق بمال الولد فسقط بموته كالاخذ من ماله

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطاؤهم على قدر ميراثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم وقال أبو الخطاب المشروع في عطية سائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم كالاولاد فان خالف فعليه أن يرجع أو يعمهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت فيهم حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولان الاصل إباحة الانسان التصرف في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد للخبر وليس غيرهم في معناهم لانهم استووا في بر والدهم فاستووا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال لبشير « أيسرك

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجيزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر من وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع

ولنا حديث النعمان بن بشير فانه قال تصدق عليّ أبي بصدقة وذكر فرجع أبي فرد تلك الصدقة وأيضا عموم قول النبي ﷺ « إلا الوالد فيما يعطي ولده » وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن تكون باقية في ملك الابن فان خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف او إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لانه ابطال لملك غير الوالد وإن عادت اليه بسبب جديد كبيع أو هبة او وصية أو ارث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لانها

أن يستووا في برك » قال نعم قال « فسو بينهم » ولم يوجد هذا في غيرهم ولان للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم في الرجوع بما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولان الاولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرفه ماله اليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولان النبي ﷺ قد علم أن لبشير زوجة ولم يأمره باعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) فان أعطى أحداً بنيه في صحته والآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فانه سئل عن زوج ابنه فاعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما اعطى الآخر في صحته؟ فقال لو كان أعطاه في صحته فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لان عطيته في مرضه كوصية له ولو وصى له لم يصح فكذلك اذا أعطاه (والثاني) يصح وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فصح كقضاء دينه

(فصل) قال أحمد أحب إلي أن لا يقسم ماله ويدعه الى فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان اعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فاعجب الى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما اعطى كل واحد منهم ليدفعه الى هذا الولد الحادث ليساوي اخوته فان اعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للمعطي أن يساوي المولود الحادث بعد أبيه

(١) (مسألة) (فان سوى بينهم في الوقف أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز نص عليه وقياس المذهب أن لا يجوز)

اذا سوى بين أولاده في الوقف الذكر والانثى جاز ذكره القاضي وقال هو المستحب لان القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة وقال شيخنا المستحب أن يقسم الوقف على أولاده

---

(١) قال الشيخ رحمه الله هذه المسئلة مذكورة في الوقف فلا حاجة إلى اعادتها

عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوبا له، وإن عادت اليه بفسخ البيع لعيب أو اقالة أو فلس المشتري ففيه وجهان (أحدهما) يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فأشبه مالو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط (والثاني) لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه فأشبه مالو عاد اليه بهبة، فأما ان عاد اليه للفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لان الملك لم يستقر عليه

(فصل) (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتها فان استولد الامة لم يملك الاب الرجوع فيها لان الملك فيها لا يجوز نقله الى غير سيدها، وان رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الاب الرجوع فيها لان في ذلك ابطالا لحق غير الولد فان زال المانع من التصرف فله الرجوع لان ملك الابن لم يزل وانما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فاذا زال

كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الانثيين كما قسم الله تعالى بينهم الميراث لانه إيصال المال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالوصية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى لان الذكر تجب عليه نفقة زوجته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة ولدها اذا كان لهم أب وقد فضل الله سبحانه الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به فينبغي أن يتعدى الى الوقف وما ذكره القاضي لا اصل له وهو ملغي بالميراث فان خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين على بعض في الوقف أو بعض البنات أو خص بعضهم بالوقف فقد روي عن أحمد في رواية محمد بن الحكم: ان كان على طريق الاثرة فأكرهه وان كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس به وذلك لان الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته

(فصل)[1] وأما اذا وقف ثلثه في مرضه على بعض ورثته فقد اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي عنه عدم الجواز فإن فعل وقف على إجازة الورثة فانه قال في رواية اسحاق بن ابراهيم فيمن وصى لاولاد بنيه بارض توقف عليهم فقال ان لم يرثوه فجائز فظاهر هذا انه لا يجوز الوقف عليهم في المرض اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل واليه ذهب الشافعي (والثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالاجانب فانه قال في رواية جماعة منهم الميموني يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فقيل له أليس تذهب الى انه لا وصية لوارث؟ فقال نعم والوقف غير الوصية ولانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة بل ينتفعون بغلتها وقال في رواية أحمد بن الحسن انه صرح في مسئلة بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري وأجاز هذا الاكثرون واحتج احمد بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين أن حدث به حدث

---

(١) قد ذكرنا ذلك في الوقف

زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستأجر والمزوج

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وان قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر اليه والوطء والتزويج والاجارة والكتابة والتدبير ان قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع تصرف الابن في رقبتها وكذلك العتق المعلق على صفة ، واذا رجع وكان التصرف لازماً كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لان الابن لا يملك ابطاله فكذلك من انتقل اليه ، وان كان جائزاً كالوصية والهبة قبل القبض بطل لان الابن يملك ابطاله

وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمهما في حق الاب ، ومتى عاد الى الابن عاد حكمهما

ان ثمغا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقاً رواه أبوداود بنحو من هذا فالحجة فيه انه جعل حفصة تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقاً ، قال الميموني قلت لاحمد انما أمر النبي ﷺ عمر بالايقاف وليس في الحديث الوارث، قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهوذا قد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعا ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ولان كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كالاجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع انما هو في تخصيص بعضهم وأما جعل الولاية الى حفصة فليس ذلك وقفا عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع وكونه انتفاعا بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل مالو وصى لوارثه بمنفعة عبدلم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرناه والله أعلم

(فصل) فان وقف داره وهي تخرج من ثلثه بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته صح على رواية الجماعة ولزم لانه لما كان يجوز تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى وعلى الرواية التي نصرناها إن أجازه الابن جاز وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجع الى الابن ملكا فيكون له النصف وقفا والسدس ملكا طلقا والثلث جميعه للبنت وقفا ، ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ماوقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفا نصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثا ، وتصح المسألة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفا وسهمان ملكا

فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما لشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته ، وان وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال الملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في هبته حينئذ لانه فسخ هبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الاول ويحتمل أن لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه مالو وهبه ابن الابن لأبيه

(فصل الثالث) أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد فان تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديونا أو رغبوا في مناكحته فزوجوه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى

وللبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من ثلثه فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها ، وللابن ابطال الوقف في ثلاثة أثمانها وترجع اليه ملكا على الوجه الاول ، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي نصيبه ملكا ، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعة في ثمانية تكن ستة وخمسين للابن ثمانية وعشرون وقفا وإحدى وعشرون ملكا وللمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا وهكذا ذكر أصحاب الشافعي ، فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى مااخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الورث في جميع المال كالاجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على مارواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وما زاد فلهما ابطال الوقف فيه وللابن ابطال التسوية فان اختار ابطال التسوية دون ابطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في القسم ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والقسم ملكا وللبنت الثلث وقفا ونصف القسم ملكا لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف ، وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر للابن تسعة وقفا وسهمان ملكا وللبنت ستة وقفا وسهم ملكا ، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون للبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثنى عشر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لواهب أن يرجع في الهبة)

لايختلف المذهب ان غير الاب والام لايجوز له الرجوع في الهبة والهدية وبه قال الشافعي ، وقال النخعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجة لقول عمر رضي الله عنه : من وهب هبة يرى انه أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لايرجع فيها ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها مالم يرض منها رواه مالك في الموطأ ولانه لم يحصل عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

لذلك فعن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع . قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنه مالا: فله الرجوع الا أن يكون غر به قوما فان غر به فليس له أن يرجع فيها وهذا مذهب مالك لانه تعلق به حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه وقد قال عليه السلام «لا ضرر ولا ضرار» وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلا على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك (والثانية) له الرجوع لعموم الخبر ولان حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه

(فصل) [الرابع] أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة فان زادت فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لانها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لان الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع

ولنا قول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وفي لفظ «كالكلب يعود في قيئه» وفي رواية «ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» متفق عليه، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي الله ﷺ قال «لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد من ولده» ولانه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته لذي الرحم المحرم وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى، وقول عمر قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه، وأما العارية فهي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فان قبضها باستيفائها فنظير مسئلتنا ما استوفى من منافع العارية فانه لا يجوز الرجوع فيها وقياسهم منتقض بهبة الاجنبي فان فيها ثوابا وقد جوزوا فيها الرجوع فحصل الاتفاق على ان ما وهب الانسان لذوي رحمه المحرم غير الوالدين لا رجوع فيها وكذلك ما وهب الزوج امرأته والخلاف فيما عدا هذا فعندنا لا يرجع إلا الوالد وعندهم لا يرجع إلا الاجنبي

(فصل) فأما الاب فله الرجوع فيما وهب لولده في ظاهر المذهب سواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أولا وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي وإسحق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع وبها قال أصحاب الرأي والثوري والعنبري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قيئه» متفق عليه، ولما ذكرنا من حديث عمر

ولنا قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فاردده» وروي «فارجعه» رواه كذلك عن مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد ذلك فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث : فرجع أبي فرد تلك الصدقة ؟ فان قيل يحمل الحديث على انه لم يكن أعطاه شيئا قلنا هذا يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق أبي علي بصدقة، وقول بشير اني نحلت ابني غلاما يدل على انه كان قد أعطاه وقول النبي ﷺ «فاردده» وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ انه قال

الرجوع في الاصل لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص ولانه استرجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ويفارق الرد بالعيب من جهة ان الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وان فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخر به عيبا قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ ببيعه المعيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ لزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته ، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع ولنا انها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة وان زاد ببرئه من مرض

« ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم مارووه وقياسهم منتقض بهبة الأجنبي فان فيها أجراً وثوابا فان النبي ﷺ ندب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمسئلتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على جواز الرجوع في الصدقة لقوله تصدق علي أبي بصدقة

(فصل) فأما الام فظاهر كلام أحمد انه ليس لها الرجوع ، قال الاثرم : قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطت ولدها كالرجل ؟ قال ليس هي عندي كالرجل لان للأب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ وذكر حديث عائشة « أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » أي كأنه الرجل ، ولا يصح قياس الام على الاب لان للاب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث بخلاف الام ، ويحتمل ان لها الرجوع وهو ظاهر كلام الخرقي فانه قال : واذا فاضل بين أولاده أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها دخلت في قول النبي ﷺ « سووا بين أولادكم » فينبغي أن يتمكن من الرجوع في الهبة ولانه طريق الى التسوية وربما لايكون لها طريق غيره اذا لم يمكن أعطت الآخر كما أعطت الاول لانها ساوت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضلته به تخليصا لها من الاثم وإزالة التفضيل المحرم كالاب وهذا الصحيح ان شاء الله تعالى ، وقال مالك للام الرجوع فيما وهبت ولدها ما كان أبوه حيا فان كان ميتا فلا رجوع لها لانها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع ، ومن مذهبه انه لايرجع في صدقة التطوع

(فصل) وحكم الصدقة حكم الهبة فيما ذكرنا وهو مذهب الشافعي ، وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجيزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر : من وهب هبة أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لايرجع

أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وان كانت زيادة العين أو التعلم لا يزيد في قيمته شيئا أو ينقص منها لم يمنع الرجوع لان ذلك ليس بزيادة في المالية وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه والزيادة للولد لانها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع ههنا . وذكر القاضي وجهاً آخر انها للاب وهو بعيد فان كانت الزيادة ولد أمة لايجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لانه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم الا أن تقول ان الزيادة المنفصلة للاب فلا يمنع الرجوع لانه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الام ويتملك الولد من مال والده

(فصل) وان قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع لان العين لم تزد ولا القيمة وان زادت قيمتها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أو لا ؟ يبنى على الروايتين في السمنة ويحتمل أن

ولنا حديث النعمان فانه قال : تصدق أبي علي بصدقة فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وأيضا قول النبي ﷺ «إلا الوالد فيما يعطي ولده » وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الولد ، وحديث عمر فيجب تقديم الخاص عليه

(فصل) والرجوع في هبة الولد شروط أربعة , (أحدها) أن يبقى ملك الابن فيها فان خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لانه ابطال لملك غير الولد فاشبه غير الموهوب للولد (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بملك التصرف في رقبتها فان استولد الامة لم يملك الرجوع لان الملك فيها لايجوز نقله الى غير سيدها وكذلك ان أفلس وحجر عليه أو رهن العين لانه يفضي الى ابطال حق غير الولد فان زال المانع من التصرف فله الرجوع لان ملك الابن لم يزل وانما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فاذا زال المنع والصحيح في التدبير أنه لايمنع الرجوع فان قلنا يمنع البيع منع الرجوع كالاستيلاد، وكل تصرف لايمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر اليه والوطيء والتزويج والاجارة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لايمنع الرجوع لانه لايمنع تصرف الابن في رقبتها وكذلك تعليق العتق بصفة وإذا رجع وكان التصرف لازما كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لان الابن لايملك ابطاله وأما التدبير والمعلق عتقه بصفة فلا يبقى حكمها في حق الاب ومتى عاد إلى الابن عاد حكمها والبيع الذي للابن فيه خيار اما بالشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت ذلك من جهته

(فصل) فان تعلق بها رغبة لغير الولد مثل ان يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته ويداينونه أو في مناكحته فيزوجوه أو يهب بنته فتتزوج لذلك فعن احمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب ابنه مالا فله الرجوع الا ان يكون غر به قوما فان غر به

تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فانه يحتمل أن يكون للاب فلا يمنع الرجوع لانه نماء العين فيكون تابعاً لها ، وان وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لاحكم له ، وإن وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز اذا لم تزد قيمتها ، وان زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة ، وإن وهبته حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها . وان قلنا ان الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها ، وان وهبه نخلا فحملت فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنها تتلف على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله ، وان جنا العبد جناية تعلق

فليس له الرجوع ، وهذا مذهب مالك لانه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع ابطال حقه وقد قال عليه الصلاة والسلام «لاضرر ولا اضرار» وفي الرجوع ضرر ولان في هذا تحيلا على الحاق الضرر بالمسلمين ولايجوز ذلك (والثانية) له الرجوع لعموم الخبر ولان حق المزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه وان داينه الناس فافلس ولم يحجر عليه فعلى الروايتين

﴿مسئلة﴾ (وان نقصت العين أو زادت زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع والزيادة للابن ويحتمل أنها للاب وهل تمنع المتصلة الرجوع ؟ على روايتين)

أما الزيادة المنفصلة كالولد وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير خلاف نعلمه والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع ههنا ، ويحتمل أنها للاب ذكره القاضي كالرد بالعيب ، فان كانت الزيادة ولد أمة لايجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لانه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وهو محرم الا أن نقول ان الزيادة المنفصلة للاب فلا تمنع الرجوع لانه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الام ويتملك الولد من مال ولده

(فصل) فان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لانه تلف على ملكه سواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله وان جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللاب الرجوع فيه فان رجع فيه ضمن أرش الجناية وان جنى على العبد فرجع الاب فيه فارش الجناية عليه للابن لانه بمنزلة الزيادة المنفصلة فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكذلك لم يملك ذلك فكيف يملك الرجوع في العبد الجاني اذا أدى ارش الجناية؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجناية ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) فاما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة اذا زادت بها القيمة فعن أحمد فيها روايتان

أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه و للاب الرجوع فيه فان رجع فيه ضمن ارش الجناية وإن جنى على العبد فرجع الاب فيرجع الاب فيه فارش الجناية عليه للابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكاكه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش جنايته ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجناية ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتجعتها أو ارتددتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فاماان أخذ ماوهبه لولده

(احداهما) لاتمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لان الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة واذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الاصل لئلا يفضي الى سوء المشاركة وضرر التشقيص ولانه فسخ استرجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق ورجوع البائع في المبيع لفلس المشتري وفارق الرد بالعيب من جهة ان الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وان فرض الكلام فيما اذا باع عرضا بعرض فراد أحدهما ووجد المشتري بالآخر عيبا قلنا بائع المعيب سلط المشتري على الفسخ ببيعه المعيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما اذا فسخ لزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول سقط صداقها كما لو فسخته وعلى هذا لافرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم صناعة أوكتابة او قران أوعلم أواسلام أوقضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو حنيفة الزيادة بتعلم القرآن وقضاء دين عنه لاتمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم صنعة وانزاد ببرئه من مرض أوصمم منع الرجوع كسائر الزيادات وان كانت زيادة العين او التعلم لا تزيد في قيمته شيئا أو تنقص منها لم تمنع الرجوع لانه ليس بزيادة في المالية

(فصل) فان قصر العين أوفصلها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع اولا؟ مبني على الروايتين في السمن قال شيخنا ويحتمل ان تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لانها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فانه يحتمل أن يكون للاب فلا يمنع الرجوع لانه نماء العين فيكون تابعا لها وان وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة اذا قلنا الحمل لاحكم له وان وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز اذا لم تزد قيمتها

فان نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وان لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الاب فان لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا لان الاخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكما يقينيا بامر مشكوك فيه ، وان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع ففيه وجهان (أحدهما) يكون رجوعا اختاره ابن عقيل لانا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ففي الفسخ أولى ولان لفظ الرجوع انما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لايكون رجوعا وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول الا بالصريح ، ويمكن أن ينبني هذا على نفس العقد فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا الا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فههنا أولى ، وان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع

وان زادت قيمتها فهي زيادة متصلة ، وان وهب حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها وان قلنا ان الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد جاز الرجوع فيها وان وهبه نخلا فحملت فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

﴿مسئلة﴾ (وان باعه المتهب ثم رجع اليه بفسخ أو اقالة فهل له الرجوع ؟ على وجهين)

اذا خرجت العين من ملك الابن ببيع أو هبة ثم عادت اليه بسبب كبيع أو هبة أو وصية أو ارث أو نحوه لم يملك الاب الرجوع فيها لانها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل ابيه فلا يملك فسخه وازالته كالذي لم يكن موهوبا وان عادت اليه بفسخ العيب او اقالة أو فلس المشتري ففيها وجهان (احدهما) يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فاشبه ما لو فسخ البيع بالخيار (والثاني) لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه اشبه ما لو عاد اليه بالهبة فاما ان عاد اليه بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع الا ان يرجع هو)

لان رجوعه ابطال لملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل ان يملك الاب الرجوع في هبته لانه فسخ هبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الاول ويحتمل ان لايملك الاب الرجوع لانه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فاشبه مالو وهبه ابن الابن لابنه .

﴿مسئلة﴾ (وان كاتبه او رهنه لم يملك ابوه الرجوع الا ان ينفك الرهن وينفسخ)

اما اذا رهنه الابن فليس للاب الرجوع قبل انفكاك الرهن لان في ذلك ابطال حق غير الولد فان انفك الرهن فله الرجوع لزوال المانع ولانه عاد الى صحة تصرف الابن فيه اشبه غير المرهون وحكم الكتابة كذلك عند من لايرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة غيره فاما من اجاز بيع المكاتب فحكمه عنده كالعين المستأجرة والمزوج على ماذكرناه

وجها واحداً لانه اثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وان علق الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له اذا كان ذلك في صحته)

يعني اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وفيه رواية أخرى عن أحمد أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبريان وهو

(فصل) والرجوع في الهبة ان يقول قد رجعت فيها اوارتجعتها أورددتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يفتقر الى حكم حاكم ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح الرجوع الا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

ولنا انه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فان أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته لان ذلك لا يعلم إلا منه ، فان مات الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ؟ ولم توجد قرينة تدل على الرجوع لم نحكم بأنه رجوع لان الأخذ يحتمل الرجوع وغيره ، فلا نزيل حكما يقينيا بأمر مشكوك فيه فان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع كان رجوعا في أحد الوجهين اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعاً ، وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقيناً فلا يزول إلا بالصريح ، قال شيخنا ويمكن أن ينبني هذا على نفس العقد فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضى به فههنا أولى ، فان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً لانه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ العقد لا يقف على شرط لا يقف العقد عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وعن احمد في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو كرهت لانها لا تهبه له إلا مخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها)

اختلفت الرواية عن احمد في هبة المرأة زوجها ، فعنه لا رجوع لها ، وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار أبي بكر ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور

قول عروة بن الزبير وإسحاق ، وقال أحمد عروة قد روى الاحاديث الثلاثة حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ « يرد في حياة الرجل وبعد موته » وهذا قول اسحاق إلا انه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطي دون إخوته وأخواته لان النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله « لا تشهدني على جور » والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراما فيجب رده ، ولان أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة ابيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئا وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد باسناده من طريقين ان سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد بعد ذلك ولد فمشى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا ان سعدا قسم ماله ولم يدر مايكون ، وانا نرى أن ترد هذه القسمة فقال قيس لم أكن لأغير شيئا صنعه سعد ولكن نصيبي له وهذا معنى

وأصحاب الرأي وعطاء وقتادة لقول الله تعالى (إلا أن يعفون) وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً) الآية ، وعموم الاحاديث وعنه رواية ثانية لها الرجوع . قال الاثرم سمعت احمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث « انما يرجع في المواهب النساء وشرار الناس » وذكر حديث عمر : إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فايما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق ، رواه الاثرم ، وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة .

وعنه رواية ثالثة نقلها عنه أبو طالب : اذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو كرهت لانها لا تهب إلا مخافة غضبه أو اضرار بأن يتزوج عليها ، وإن لم يكن سألها وتبرع به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضب عليها أو مايدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفسا وانما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا فيكون فيها ثلاث روايات (إحداها) ليس لها الرجوع كالأجنبي (والثانية) لها الرجوع مطلقا لحديث عمر (والثالثة) التفصيل الذي ذكرناه .

﴿ فصل ﴾ (قال رضي الله عنه) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره مالم تتعلق حاجة الابن به)

إنما يجوز ذلك بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئا تعلقت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولد فيعطيه الآخر نص عليه احمد في رواية اسماعيل بن سعيد لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذه من مال ولده الآخر أولى وقد روي أن مسروقا زوج ابنته بصداق ، عشرة آلاف فأخذها فأنفقها في

الخبر، ووجه القول الاول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلا وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع وكذلك قول عمر لانحلة لا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولانها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد، وقوله اذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطيته في مرض موته لبعض ورثته لاتنفذ لان العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث اذا كانت لأجنبي اجماعا فكذلك لاتنفذ في حق الوارث . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ان حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا هذا مذهب المديني والشافعي والكوفي، فان أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فانه سئل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته، فيحتمل وجهين (أحدهما) لايصح لان عطيته في مرضه كوصيته

سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته لقول النبي ﷺ « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من ولده ووالده والناس أجمعين » رواه سعيد في سننه، وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولان ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته

ولنا قول النبي ﷺ « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء رجل الى النبي ﷺ فقال إن أبي اجتاح مالي فقال « أنت ومالك لابيك » رواه الطبراني في معجمه مطولا، ورواه ابن ماجه وروى أبو داود نحوه ورواه غيره وزاد « وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال ان لي مالا وعيالا ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » رواه سعيد في سننه ولان الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده قال سفيان بن عيينه في قوله تعالى (ولاعلى أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات الا الأولاد لم يذكرهم لانهم دخلوا في قوله من بيوتكم فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولان الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فان النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لابيه بقوله « أنت ومالك لابيك » ولاتنافي بينهما وقوله عليه السلام « أحق به من والده وولده » الحديث مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حق

ولو وصى له لم يصح فكذلك اذا أعطاه (والثاني) يصح لان التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع الا بعطية الآخر فتكون واجبة فتصح كقضاء دينه

(فصل) قال أحمد أحب أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه الى هذا الولد الحادث ليساوي اخوته ، فان كان هذا الولد الحادث بعد الموت لم يكن له الرجوع على اخوته لان العطية لزمت بموت أبيه الا على الرواية الاخرى التي ذهب اليها أبو عبد الله بن بطة ، ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطي أن يساوي أخاه في عطيته ولذلك أمر ابو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساووا المولود الحادث بعد موت أبيه .

أبيه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد فيما تعلقت به حاجته .

﴿ مسألة ﴾ (فان تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء من دين لم يصح تصرفه فيه)

نص عليه احمد قال لا يجوز عتق الاب لعبد ابنه مالم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح ابراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد قال اذا وهب الابن من ماله شيئا فليس لابيه الاعتراض عليه الا أن يكون للولد عقار يكفيه ويكفي أباه ولا مال له غيره ولا مال لابيه فان احمد قال ان اعترض عليه الوالد رأيت أن يرده الحاكم على الاب ولا يبقى فقيراً لا حيلة له ، ويحل له وطء جواريه ولو كان الملك مشتركا لم يحل له الوطء كما لا يحل وطء الجارية المشتركة وإنما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه تصرف في ملك غيره بغير ولاية، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضا لانه لا يملك التصرف بما لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله قال احمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرنا من أن ملك الابن على ماله تام

﴿ مسألة ﴾ (وان وطئ جارية ابنه فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا حد عليه ولا مهر وفي التعزير وجهان)

قال احمد لا يطأ جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يتملكها لانه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين فان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، فان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال فان وطئها قبل تملكها ولم يكن الابن وطئها كان محرما من وجهين (أحدهما) أنه وطئها قبل تملكها (والثاني) أنه وطئها قبل استبرائها وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهو أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لابيك »

(فصل) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجة الاب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئا تعلقت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وذلك لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى

وقد روي أن مسروقا زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها في سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته لان النبي ﷺ قال « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين » رواه

وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لانه من وطء سقط فيه الحد لشبهة وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهر ويجب تعزيره في أحد الوجهين لانه وطيء وطأ محرما أشبه وطء الجارية المشتركة . والثاني لا يعزر لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله ، والاول أولى لان التعزير ههنا حق لله تعالى بخلاف الجناية على ولده لأنها حق للولد

(فصل) وليس لغير الاب الاخذ من مال غيره بغير اذنه .للاحاديث التي ذكرناها لان الخبر ورد في الاب بدليل قوله عليه السلام « أنت ومالك لابيك » ولا يصح قياس غيره عليه لان للاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ،ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويحجب به في الميراث وفي ولاية النكاح ،وغيرهما من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتهما للاب في بعض المعاني فغيرهما ممن لا يشارك في ذلك أولى ويحتمل أن يجوز للام لدخول ولدها في قول الله تعالى (وأولادكم)

(مسئلة) (وليس للابن مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا ارش جناية ولا غير ذلك)

وبه قال الزبير بن بكار ومقتضى قول سفيان بن عيينة وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة به كغيره

ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال « أنت ومالك لابيك » رواه الخلال باسناده وروى الزبير بن بكار في الموفقيات أن رجلا استقرض من أبيه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضاً فقال علي رضي الله عنه

سعيد في سننه وهذا نص . وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولان ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته

ولنا ماروت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ « ان أطيب ماأكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال ان أبي اجتاح مالي ، فقال « أنت ومالك لابيك » رواه الطبراني في معجمه مطولا ورواه غيره وزاد « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال ان لي مالا وعيالا ولابي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » أخرجه سعيد في سننه . ولان الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) وقال

قد سمع القاضي ومن ربى الفهم   المال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم   من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الابدان ويفارق الاب غيره بما يثبت له من الحق على ولده فان مات الابن فانتقل الدين الى ورثته لم يملكوا مطالبة الاب لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، فان مات الاب فقيل برجع الابن في تركته بدينه لان دينه عليه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة وعن أحمد اذا مات الاب بطل دين الابن وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته وتأول أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سبيل التمليك لان أخذه له وانفاقه دليل على قصد التمليك فيثبت الملك له بذلك الاخذ والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (والهدية والصدقة نوعان من الهبة)

والعطية تشمل الكل وكذلك النحلة ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه في الغالب من أعطى شيئاً ينوي به التقرب الى الله تعالى للمحتاجين سمي صدقة وان دفع إلى غير محتاج للتقرب والمحبة فهي هبة ، ومن بعث على هذا إلى إنسان مع غيره سمي هدية وكل ذلك مستحب مندوب اليه وأحكام ذلك أحكام الهبة ويشترط لها ما يشترط من الشروط على ما سبق .

(فصل) في عطية المريض قال الشيخ رحمه الله (أما المريض غير مرض الموت أو مرضاً غير مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح من جميع ماله)

وجملة ذلك أن عطايا المريض إذا برأ من مرضه أوكان مرضاً غير مخوف كالذي ذكره وكذلك مافي معناه كالجرب والحمى اليسيرة ساعة أو نحوها والاسهال اليسير من غير دم فعطاياه مثل عطايا الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة

(ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده

وقال سفيان بن عيينة في قوله (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات الا الأولاد لم يذكرهم لانهم دخلوا في قوله (بيوتكم) فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولان الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه ، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فان النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لابيك » فلا تنافي بينهما ، وقوله « أحق به من والده وولده » مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان مرض الموت المخوف كالبرسام وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل عقل صاحبه، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها والرعاف الدائم فانه يصفي الدم فيذهب القوة والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الاعضاء ولا ينزل عنه فهذه مخوفة ، وإن لم يكن معها حمى وهي مع الحمى أشد خوفا وان ثار الدم واجتمع في عضو كان مخوفا لانه من الحرارة المفرطة ، وان هاجت به الصفراء فهي مخوفة لانها تورث يبوسة وكذلك البلغم اذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفيها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن ، وأما الاسهال فان كان متحرقاً لا يمكنه إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وان كان يجري تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام. إلا أن يكون معه زحير أو تقطيع كأن يخرج متقطعاً فانه يكون مخوفا لان ذلك يضعف وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه ذلك أو لم يكن، وكذلك الفالج في ابتدائه والسل في انتهائه والحمى المطبقة، وما أشكل من ذلك رجع فيه إلى قول عدلين من الاطباء لانهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل قول واحد لانه يتعلق به حق الوارث والمعطي ،وقياس قول الخرقي أنه يقبل قول واحد عدل اذا لم يقدر على طبيبين . فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحه لان عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسقاه الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب اعهد الى الناس فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد الى عمر حين اشتد مرضه فنفذ عهده .

(فصل) فان كان المريض يتحقق تعجيل موته فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فلا حكم لكلامه ولا لعطيته وان كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته واشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وعطيته لما ذكرنا من حديث عمر وكذلك علي رضي الله عنهما بعد ضرب ابن

(فصل) وليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان ابن عيينة ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره

ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه دينا عليه فقال « أنت ومالك لابيك » رواه أبو محمد الخلال باسناده . وروى الزبير بن بكار في كتاب الموفقيات باسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال علي رضي الله عنه

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم   المال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم   من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبئس ماجرم

ملجم وصى وأمر ونهى ولم يختلف في صحة ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لوارث ولا لاجنبي بزيادة على الثلث الا باجازة الورثة كالهبة والعتق والكتابة والمحاباة)

وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال والكتابة اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافا، وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول الجمهور وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال

ولنا ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم واذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت حكم الوصية في خمسة أشياء (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث واجازة الورثة (الثاني) أنها لا تصح للوارث الا باجازة الورثة (الثالث) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة لان النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال « أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه (الرابع) أن العطايا تتزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا فيه (الخامس) أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده

قال الزبير . الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه بها كحقوق الابدان ويفارق الاب غيره بما ثبت له من الحق على ولده . وان مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الاب به لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى، وان مات الاب رجع الابن في تركته بدينه لان دينه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة . وقد روي عن أحمد انه قال إذا مات الاب بطل دين الابن . وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه فليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته . وتأول بعض أصحابنا كلامه على أن لهما أخذه على سبيل التمليك ويحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه اياه دليلا على قصد التملك فيثبت الملك بذلك الاخذ والله أعلم

(فصل) وان تصرف الاب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال لا يجوز عتق الاب لعبد ابنه مالم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح ابراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له وذلك

(مسئلة) (فأما الامراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والسل في ابتدائه والفالج في دوامه فان صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة والا فلا)

قال القاضي اذا كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال هذا تحقيق المذهب وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنه صار صاحب فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وذكر أبو بكر وجهاً آخر أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ منه فهو كالهرم. ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمسئلتنا

(مسئلة) (ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب أو في لجة البحر عند هيجانه أو وقع الطاعون ببلده أو قدم ليقتص منه والحامل عند المخاض فهو كالمريض)

وجملة ذلك أن الخوف يحصل في هذه المواضع الخمسة المذكورة فيقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل واحدة منهما مكافئة للاخرى أو مقهورة فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي السهام أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أولا وبه مالك والثوري والاوزاعي ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (احدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بمخوف لانه ليس بمرض

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك قال أحمد اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله لكن يقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله

لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ولو كان الملك مشتركا لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة وانما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها اياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لانه لا يملك التصرف بما لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله

(فصل) قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام . وقال : لا يطأ جارية الابن الا أن يقبضها يعني يتملكها ، وذلك لانه اذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين وان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها وان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال وان وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين (أحدهما) انه وطئها قبل ملكها (والثاني) انه وطئها قبل استبرائها ، وان كان الابن وطئها حرمت

للقصاص أو لغيره ، وللشافعي فيه قولان أحدهما مخوف والثاني ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه . ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام، واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى، ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه الى التلف فيثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف (الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكنا فليس بمخوف وان اضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف فقال تعالى (هو الذي يسيركم في البر والبحر) الآية الى قوله (جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم) (الرابع) الاسير والمحبوس اذا كان من عادتهم القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية ليس له من ماله إلا الثلث وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهري والثوري واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد وتأول القاضي ماروي وهو على ماذكرناه من التفصيل ابتداء وقال الشعبي ومالك الغازي عطيته من الثلث وقال مسروق إذا وضع رجله في الغرز وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل هو في ثلثه والصحيح ان شاء الله ماذكرناه من التفصيل لان مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز الحاقه به واذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى (الخامسة) اذا وقع الطاعون ببلده فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمريض وإنما يخاف المرض

(فصل) وكذلك الحامل عند المخاض لانه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف أشبهت سائر أصحاب الامراض المخوفة وما قبل ذلك فلا ألم بها فلا يكون مخوفا، وقال الخرقي وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر يعني عطيتها من الثلث وبه قال مالك وقال اسحاق اذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم

بوجه ثالث وهي انها صارت بمنزلة حليلة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك » وان ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لانه من وطء انتفى عنه الحد للشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وهل يعزر؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يعزر لانه وطء وطأ محرماً أشبه الوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره (والثاني) لا يعزر لانه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله

(فصل) وليس لغير الاب الأخذ من مال غيره بغير اذنه لان الخبر ورد في الاب بقوله «أنت ومالك لأبيك » ولا يصح قياس غير الأب عليه لان للاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضا لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويحجب به في الميراث وفي ولاية النكاح وغيرها

يحد حداً وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة عطية الحامل من الثلث وقال أبو الخطاب عطيتها من المال كله مالم يضر بها المخاض فاذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث وبه قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لانها لا تخاف إلا إذا ضربها الطلق فاشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش وقال الحسن والزهري عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ووجه قول الخرقي أن ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والصحيح ان شاء الله تعالى ماذكرناه من أنه إذا ضربها الطلق كان مخوفا بخلاف ماقبل ذلك لانه لا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح وقيل عن أحمد مايدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله لانه لامرض بهم وقد ذكرنا الخلاف في ذلك

(فصل) فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف وان مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه فان وضعت الولد وخرجت المشيمة فحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف وان لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن أحمد في النفساء ان كانت ترمي الدم فعطيتها من الثلث فيحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم للزومه ذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها إذا كانت ترمي الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام فان اسقطت مضغة أو علقة فلا حكم لها إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرش جنايته وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل يجوز من رأس المال لانه صرف ماله في حاجة

من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتها للاب في بعض المعاني فغيرهما مما لا يشارك الاب في ذلك أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وإن لم يثب عليها)

يعني وان لم يعوض عنها وأراد من عدا الاب لانه قد ذكر ان للاب الرجوع بقوله أمر برده فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال النخعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع ما لم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى أبو هريرة قال

نفسه فقدم بذلك على وارثه وكذلك لو اشترى أمة للاستمتاع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله مثلها جاز وصح شراؤه له لانه صرف ماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه، وان لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها (والثاني) لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجباً عليه فصح كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثيابا مثمنة صح ولو وصى بتكفينه بثياب مثمنة لم يصح يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذ لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق لان الحق ثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يبطل به حق غيره

﴿مسئلة﴾ (وان لم يف الثلث بالتبرعات المنجزة بدي بالاول فالاول سواء كان الاول عتقاً أو غيره)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد وان كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق وانما كان كذلك لان المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت اذا تقدمت كقضاء الدين واذا ساوى جنسها سوي بينها لانها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر

قال رسول الله ﷺ « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه في سننه وبقول عمر ولانه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

ولنا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قيئه » وفي لفظ « كالكلب يعود في قيئه » وفي رواية « انه ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » متفق عليه وأيضا قول النبي ﷺ « ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده » وقد ذكرناه . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان نبي الله ﷺ قال « لا يرجع واهب في هبته الا الوالد فيما يعطي ولده » ولانه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذي الرحم المحرم . وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى . وقول عمر قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه وأما العارية فانما هي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فان قبضها باستيفائها فنظير مسئلتنا ما استوفى من منافع العارية فانه لا يجوز الرجوع فيها

ولنا أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الاولى محاباة عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لانه يملك الرجوع في بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وانما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة لا يصح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وان تساوت قسم بين الجميع بالحصص وعنه يقدم العتق) أما اذا وقعت دفعة واحدة بان وكل جماعة في هذه التبرعات فاوقعوها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهم فكملنا العتق في بعضهم وان لم يكن فيها عتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لانهم تساووا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وانما خولف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين وسنذكر ذلك في موضعه، وان كان فيها عتق وغيره ففيه روايتان (احداهما) يقدم العتق لتأكده (والثانية) يسوى بين الكل لانها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد لان استحقاقها حصل في حال واحدة

(فصل) إذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيد ان خرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعدا سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه فات اعتاق سعيد أيضاً لفوات شرطه وان بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال ان أعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقهما في حال

(فصل) فحصل الاتفاق على أن ماوهبه الانسان لذوي رحمه المحرم غير ولده لارجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء فعندنا لايرجع الا الوالد وعندهم لايرجع الا الاجنبي، فأما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) لارجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبدالعزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة (والثانية) لها الرجوع . قال الاثرم سمعت أحمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث «إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الاقوام » وذكر حديث عمر : ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وايما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به رواه الاثرم باسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها ابو طالب اذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده اليها رضيت او كرهت

واحدة وليس عتق أحدهما شرطا في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الآخر وان قال ان أعتقت سعدا فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران في حال اعتاقي سعدا فالحكم سواء لايختلف لان عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه فان كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ماذكرناه

(فصل) فان قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه باكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة تعتبر من الثلث فان لم يخرج من الثلث الا المحاباة أو العبد قدمت المحاباة لانها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطا في العتق فقد سبقت العتق ويحتمل ان يتساويا لان التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء، ثم هل يقدم العتق على المحاباة؟ على روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحاباة بأن لاترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لمفارقته اياها في حياته اما بموتها أو طلاقها أو نحوه، فاما ان ورثته تبينا ان المحاباة لاتثبت لها الا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدماً وان قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج بأكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل حالة لايقاع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لايبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقاً لان المحاباة انما تثبت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقاً على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته وكونه غير وارث

(فصل) اذا أعتق المريض شقصاً من عبد ثم أعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين تلفظه باعتاق بعضه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان أعتق الشقصين معاً فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورق باقي العبدين وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما وان خرج الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) تكميل العتق من أحدهما

لانها لاتهب الا مخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها وان لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضبه عليها او مايدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وانما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) وظاهر كلام الخرقي الرواية الاولى وهو اختيار أبي بكر لقول الله تعالى (الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) وعموم الاحاديث التي قدمناها

(فصل) ولا يجوز المتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعا لان عمر قال في حديثه . من وهب هبة على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها مع عموم أحاديثنا فاتفق دليلهم ودليلنا فلذلك اتفق قولهم وقولنا

بالقرعة بينهما كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لانه أوقع عتقاً مشقصاً فلم يكمله بخلاف ما لو أعتق العبدين ولهذا اذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما بغير قرعة ولم نكمله من أحدهما ولو وصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لان الموصي أوصى بتكميل العتق فجرى مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال وان كانت مع وارث)

لانه ليس بوصية لان الوصية تبرع وليس هذا تبرعا فاستوى فيه الوارث وغيره ويحتمل أن لا يصح لوارث لانه خصه بعين المال أشبه مالو حاباه

﴿ مسئلة ﴾ (وان حابى وارثه فقال القاضي يبطل في قدر ماحاباه ويصح فيما عداه)

مثل أن يبيع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن لانه تبرع له بنصف الثمن فيبطل التصرف فيما تبرع له به والمشتري الخيار لان الصفقة تبعضت في حقه

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان له شفيع فله أخذه فان أخذه فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه لانه لو فسخ البيع رجع بالثمن وقد حصل له الثمن من الشفيع

(فصل) فان باع اجنبياً وحاباه لم يمنع ذلك صحة العقد عند الجمهور وقال أهل الظاهر يبطل العقد .

ولنا عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع ولانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فعلى هذا لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وان ردوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت في حقه فان اختار امضاء البيع فقال شيخنا عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت من الانسان لمثله أو دونه او أعلى منه وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي في الهبة لمثله او دونه كقولنا : فان كانت لأعلى منه ففيها قولان (أحدهما) أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبة المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فان عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد ، وان خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها فان شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه أحمد لانه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنه لا يصح لانه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها ، ولنا أنه تمليك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فانه لو أطلق التمليك كان هبة

الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله والى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن وقال أهل العراق يقال له ان شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع وان شئت فسخت ولا شيء لك وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن ما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى ساعتين بثمن فانفسخ البيع في احداهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشفيع الشقص أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة ؛ وأما الوجه الثاني الذي اختاره القاضي فلا يصح لانه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قد قبلت نصفه بها ولانه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه ، وأما قول أهل العراق فان فيه اجباراً للورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عاوض موروثهم ، وأما قول مالك فلا يصح لانه اذا فسخ البيع لم يستحق شيئاً لان المحاباة إنما حصلت في ضمن البيع فاذا بطل البيع بطلت كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر المثل خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج . وإن اشترى عبداً يساوي عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفها بنصفها وان باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز البيع في ثلثيه بثلثي الثمن في قول شيخنا وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن ، وطريق هذا أن ينسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في

واذا ذكر العوض صار بيعا . قال ابو الخطاب وقد روي عن أحمد مايقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به، فاما ان شرط ثوابا مجهولا لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانه نماء ملك الواهب وان كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فاذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم العقد بذلك فانه قال في رواية محمد بن الحكم اذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع اذا لم يثبه لانه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد اذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز الا أن يثيبه عنها، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فان لم يفعل فللواهب الرجوع ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها، والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فاذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وان لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعطاة مع التراضي ، والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب

قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن فان خالف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح في ثمانية اتساعه بثمانية أتساع الثمن وعلى الوجه الثاني يأخذ المشترى نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع المريض اجنبياً وحاباه وكان شفيعه وارثاً فله الاخذ بالشفعة)

لان المحاباة لغيره يعني اذا باع شقصاً تجب فيه الشفعة لان المحاباة انما وقعت للاجنبي فأشبه ما لو وصى لغريم وارثه ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لافضائه الى جعل سبيل للانسان الى اثبات حق وارثه في المحاباة وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه في الشفعة

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر الثلث عند الموت لانه وقت لزوم الوصية واستحقاقها وتثبت له ولاية القبول والرد فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبينا أنه عتق كله لخروجه من الثلث عند الموت وان صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شيء لان الدين يقدم على الوصية لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ويحتمل أن يعتق ثلثه لان تصرف المريض في الثلث كتصرف الصحيح في الجميع

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء (أحدها) انه يبدأ بالاول فالاول منها والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها) أما العطايا فقد ذكرنا حكمها والخلاف فيها، وأما الوصايا فانها تبرع بعد الموت فتؤخذ دفعة واحدة ولذلك استوى فيها المتقدم والمتأخر ، (الثاني) أنه لايجوز الرجوع في العطية بخلاف الوصية لان العطية تقع لازمة في حق المعطي تنتقل إلى المعطى في الحياة اذا اتصل بها القبول والقبض وإن كثرت فلم يكن له الرجوع فيها كالهبة وانما منع المريض من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة لا لحقه فلم يملك اجازتها ولا ردها بخلاف الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية فهي كالهبة قبل القبول ،

هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها . وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا

وقد روى أبو هريرة أن اعرابيا وهب للنبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد هممت أن لا أتهب الا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » من المسند ، قال أحمد اذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان مانقص عنده اذا رده الى صاحبه الا أن يكون ثوبا لبسه أو

(الثالث) أنه يعتبر قبوله العطية عند وجودها ويفتقر إلى شروط الهبة المذكورة لانها هبة منجزة فاعتبر لها القبول عند وجودها كعطية الصحيح بخلاف الوصية فانه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتي

(فصل) والعطية تقدم على الوصية وهو قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فانه حكي عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه . ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو فقدمت على العتق كعطية الصحة

(الرابع) ان الملك يثبت في العطية من حينها ويكون مراعى فاذا خرج من الثلث عند الموت تبينا ان الملك كان ثابتاً من حينه لان العطية في المرض تمليك في الحال لانها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب في الحال ولهذا يعتبر قبولها في المجلس كما لو كانت في الصحة ، وكذلك إن كانت محاباة أو اعتاقا وأما كونها مراعاة فلأنا لا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتلف شيء من ماله أو لا فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره فنعمل عليها فاذا انكشف الحال علمنا حينئذ ماثبت حال العقد ، ومثل ذلك مالو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فانا لاندري هل يسلم الثاني أم لا فنقف الامر حتى تنقضي العدة فان أسلم الآخر في العدة تبينا ان النكاح كان صحيحا باقيا وإن انقضت العدة قبل اسلامه تبينا أن النكاح انفسخ من حين اختلاف دينهما

﴿ مسألة ﴾ (فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لانسان ثم كسب في حياة سيده شيئا ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معتقا وللموهوب إن كان موهوبا ، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك)

اذا أعتق عبداً لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فللعبد من كسبه بقدر ماعتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيدخل الدور فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لان كسبه مثله وللورثة من العبد شيئان لان لهم مثلي ماعتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ماحصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار العبد شيئان

غلاما استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك اذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قال داري لك عمرى أو هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده)

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران الى ما يفتقر اليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرتك داري هذه أو هي لك عمري أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقييدها بالعمر ، والرقبى أن

والورثة شيئان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما ، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيئان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله من كسبه ثلاثة أشياء مع ما عتق منه وللورثة شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه وللورثة ثلثهما ، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله من كسبه نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء فاذا بسطها انصافا صارت سبعة فله ثلاثة أسباعها فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي للورثة وذلك مثلا ما عتق منه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان موهوبا لانسان فللموهوب له من العبد بقدر ما عتق منه وله من كسبه بقدر ذلك) فان كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقد عتق منه مائة وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من كسبه ، فان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لان الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضى به الدين وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه ، فعلى هذا لو كان على الميت دين بقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب ، فان كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال بقدر الكسب قسمت العبد ومثل قيمته على الاشياء الاربعة لكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه

(فصل) وإن أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته أكملت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي للورثة ، وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه

يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتا وبذلك سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولنا ماروى جابر قال: قال رسول الله ﷺ « العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، فاما النهي فانما ورد على سبيل الاعلام لهم انكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء. وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن

بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلا ما عتق منهما، وإن أعتق العبدين دفعة واحدة أقرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ باعتاقه

(فصل) فان أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لاخراج الدين، فان وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وبقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته، ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله والورثة مابقي، فان وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذنا بقي كسبه ثم يقرع بين العبدين لاتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثاه والعبد الآخر للورثة

(فصل) رجل أعتق عبدين متساويي القيمة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ثم مات أحدهما في حياته أقرع بين الحي والميت، فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين ان الميت نصفه حر لأن مع الورثة مثلي نصفه، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لأنه لم يصل اليهم

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين انه مات حراً، وكذلك إن خلف أربعين وبنتا وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل ستين فتبين ان نصفه حر وباقيه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء، فان خلف العبد ابنا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء لابنه بالميراث ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثاها ونتبين انه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتا فلها نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة، البنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل ستين فتبين ان خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابنا فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين انه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد كان ابن معتقة

أعمر عمرى فهي لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه » ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي إنما يمنع صحة مايفيد المنهي عنه فائدة ، أما اذا كان صحة المنهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض وصحة العمرى ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض . اذا ثبت هذا فان العمرى تنقل الملك الى المعمر وبهذا قال جابر بن عبدالله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي

وقال مالك والليث العمرى تمليك المنافع لا نملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر

ورثه السيد لانا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجرّ ولاء ابنه الى سيده فورثه ، وإن لم يكن الابن ابن معتقة لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لأن الأب لم يعتق ، وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاء ابنه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وهما يعدلان شيئين وباقي العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد وبين مولى الأم نصفين وتتبين أنه قد عتق من العبد نصفه ويحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ماعتق من العبد ، فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكمنا بعتق الأب أو عتق بعضه ورث مال أبيه إن كان حراً أو بقدر مافيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئا ، وفي هذه المسائل خلاف تركنا ذكره مخافة التطويل

(مسئلة) (وان أعتق جارية لا مال له غيرها ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها) يعتق منها ثلاثة أسباعها وقد ذكرناه

(فصل) وان وهبها مريضاً آخر لا مال له غيرها ثم وهبها الثاني للاول وماتا جميعاً فنقول صحت هبة الاول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الثاني ثلثا شيء ولورثة الاول شيئان فاضرب في ثلثه لزوال الكسر يكن ثمانية أشياء تعدل الامة الموهوبة فلورثة الواهب الاول ثلاثة أرباعها ستة ولورثة الثاني ربعها شيئان وان شئت قلت المسئلة من ثلاثة لان الهبة صحت في ثلث المال وهبة الثاني صحت في ثلث الثلث فتكون من ثلاثة اضربها في أصل المسئلة تكن تسعة أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية لانا لو رددناه على الاول لوجب رده على جميع السهام الباقية إذ يلزم من زيادة الباقي للواهب الاول زيادة الجزء الذي صحت فيه الهبة الاولى فيسقط كما يسقط الباقي في مسئلة الرد إذ الدلالة في إسقاطه ثم أنا لو رددناه لرددناه على جميع السهام بالسوية فاذا أسقطنا ذكره عاد على جميع السهام كذلك هنا اذا أسقطنا هذا السهم بقيت المسئلة من ثمانية كما ذكرنا

واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال : سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى مايقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ماأدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال ابراهيم بن اسحاق الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والافقار والاخبال والمنحة والعرية والعارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابهـا ومنافعها لمن جعلت له ولان التمليك لايتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لايتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ماروى جابر قال : قال النبي ﷺ « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعمر

(فصول في هبة المريض)

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثمانون وبقي لورثة الموهوب له عشرون وطريقها بالباب ان يأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فيأخذ ثلثه اثنين ويلغى نصفه سهماً يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة بينهما على خمسة والسهم الذي أسقطته لايذكر لانه يرجع على جميع السهام الباقية بالتسوية فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض في مسئلة الرد ولو ترك ابنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهما يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له وتبقى ستة للواهب وهي مثلا ما جازت الهبة فيه وان خلف امرأة وبنتاً فمسئلتها من ثمانية نضربها في ثلاثة تكن اربعة وعشرين يسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال ويأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهي ثمانية يلغى منها الثلاثة يبقى خمسة في الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) وان وهب رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون الا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للوارث ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها وهو ستة ولو كان الواطيء أجنبياً فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له الا أن تعود الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطيء فان لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل من شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر

عمري فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » رواه مسلم . وفي لفظ قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له » متفق عليه . وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا رقبى فمن أرقب شيئا فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمرى للوارث

وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة وقول القاسم لايقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعي اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بامر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعرابي أنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر

ثلثه فان وطئها الواهب فعليها من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليه عقر الذي جازت الهبة فيه ثلاثة فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها

(فصل) وان وهب مريض عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له اما أن تفديه واما أن تسلمه فان اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاص الهبة وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين ان الهبة جازت في نصفه فان اختار فداه ففيه روايتان احداهما يفديه باقل الامرين من قيمة نصيبه فيه اوارش جنايته والاخرى يفديه بقدر ذلك من أرش جنايته بالغة مابلغت فان كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء ويدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين ان الشي نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار دفعه فان الهبة تجوز في شيء ويدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لانتقاص الهبة وخمسا من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلاما جازت الهبة فيه وان اختار فداءه فداه بخمسي الدية اواقل وقلنا يفديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها أكثر من مثلي قيمته وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء يعدل ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الديةسبعمائة وخمسون صارالجميع تسعمائةوهومثلا ماصحت الهبة فيه فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها الى قيمة العبدفان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاص الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وذلك ماجازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يفدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصر ذلك سبعة أثمان العبد فيفديه سبعة أثمان الدية

(فصل) في إعتاق المريض : مريض أعتق عبداً لا مال سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ماعتق منه وأوجبنا

اذا نقلها الشرع الى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ، ونقل الظهار والايلاء من الطلاق الى أحكام مخصوصة قولهم ان التمليك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكا مطلقا

(فصل) اذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها واذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا لانها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة فان شرط انك اذا مت فهي لي فعن احمد روايتان (إحداهما) صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهري ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن ابي ذئب ومالك وابي ثور وداود وهو أحد

نصف قيمته عليه لان عليه من ارش جنايته بقدر ماعتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئا وشيء يعدل شيئين فأسقط بشيء بقي ما معه من العبيد يعدل شيئا مثل ماعتق منه ، وإن كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لانه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف شيء وبقية العبد تعدل شيئين فتكون بقية العبد تعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمساه ، وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر ، وإن كانت قيمته شيئين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد تعدل شيئين فبقية العبد إذا ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه وعلى هذا القياس إلا ان مازاد من العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء مايقابله من القيمة كما اذا مادبر عبداً وله دين في ذمة غريم له فكلما اقتضى من القيمة شيئا عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الادنى على الارفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في جناية السيد ثم مات أقرعنا بين العبدين فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه من أرش الجناية مثل ذلك وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ماعتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبد تعدل شيئين فعلمت ان بقية العبدين تعدل شيئا ونصفا فاذا أضفت الى ذلك الشيء الذي عتق صارا جميعا يعدلان شيئين ونصفا ، فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس أحدهما ، وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث ارش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لان الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر مافيه من الحرية والرق ، والواجب من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثاه ويرق ثلثاه فان أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون والآخر قيمته ثلاثون فجنى الادنى على الارفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فان خرجت القرعة للادنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتهما

قولي الشافعي لماروى جابر قال : انما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي أعطيها لا ترجع الى الذي أعطاها » لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث . وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) انها تكون للمعمر ولورثته ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطلقة التي

سبعون فثلاثة أثمانهما ستة وعشرون وربع وهي من الادنى نصفه وربعه وثمنه ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق وقد ثبتت فروع كثيرة وفيما ذكرنا مايستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد المتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة

وهما جنس واحد فيحتاج الى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الربا لكونه يحرم التفاضل بينهما فالطريق في ذلك أن يسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ثم ينسب الثلث إلى مابقي وهو عشرة من عشرين وذلك نصفها فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء ويبطل فيما بقي)

وطريق الجبر أن تقول يصح البيع في شيء من الارفع بشيء من الادنى وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثي شيء ألقها من الارفع يبق قفيز الا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء وثلث فاذا جبر به عدل شيئين والشيء نصف القفيز فان كانت قيمة الادنى خمسة عشر فاذا أسقطت قيمة الرديء من قيمة الجيد يبقى خمسة عشر اذا نسبت اليهما الثلث يكن ثلثيها فيصح البيع في ثلثي الجيد بثلثي الرديء فحصلت المحاباة بعشرة وذلك ثلث المال . فان كان الادنى يساوي عشرين صحت في جميع الجيد بجميع الرديء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أصدق امرأة عشرة في مرضه لا مال له غيرها)

وصداق مثلها خمسة ثم ماتت قبله ومات بعدها ولا مال لها سوى ما أصدقها دخلها الدور فنقول لها خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الا شيئا ورجع اليهم بموتها نصف ذلك وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء وقابل فزد على الشيئين نصف شيء يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفا فالشيء ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها اربعة لانها كان لها خمسة وشيء وذلك ثمانية رجع الى ورثته نصفها وهي أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة على ماذكرنا فان ترك الزوج خمسة اخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء تعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ماحاباها به إلى ورثة

ذكرناها وقول رسول الله ﷺ «لارقبى فمن أرقب شيئافهو له في حياته وموته» وقال مجاهد الرقبى أن يقول هي للآخر مني ومنك موتا

وروى الامام أحمد باسناده عن النبي ﷺ انه قال « لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط لان الرقبى يشترط فيهاعودها الى المرقب ان مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » ولأنا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لا يجوز فيها التأقيت ولم يفسدها الشرط لانه

الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها فان كان المرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمستها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان والباب في هذا أن ينظر مايبقى في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا ، والشيء هو خمساها ، وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف مابقي

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة)

لان حكمها في المرض حكم الوصية في أنها لاتصح لوارث وعنه تعتبر المحاباة من الثلث لأنها محاباة لمن تجوز له الصدقة عليه فاعتبرت من الثلث كمحاباة الاجنبي الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم رجع عنه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه انه أعتقه في صحته وهو وارثه عتق ولم يرث ذكره ابو الخطاب لأنه لو ورثه كان اقراره لوارث فيبطل عتقه لانه مرتب على صحة الاقرار ولا يصح الاقرار للوارث واذا بطل عتقه سقط الارث فعلى هذا تثبت الحرية ولا يرث لان توريثه يفضي إلى اسقاط توريثه ويحتمل أن يرث لانه حين الاقرار لم يكن وارثا فوجب أن يرث كما لو لم يصر وارثا وعلى قياس ذلك لو اشترى دار عمه المحرم في مرضه وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له فقبله في مرضه فالحكم في ذلك كالمسئلة قبلها سواء لما ذكرنا وذكر شيخنا أنه إذا ملكه بغير عوض كالهبة والميراث انه يعتق ويرث المريض إذا مات وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث كما قال ابو الخطاب لان عتقه وصية فلا تجتمع مع الميراث وهذا لايصح لانه لوكان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية يعتبر خروجه من الثلث ، وان خرج من الثلث عتق وورث ، وان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعي فيه

ليس بشرط على المعمر وانما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه وأما قوله في الحديث الآخر أنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ انه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهي له بتلة لا يجوز للمعطى فيها شرط ولا مثنوية . قال ابو سلمة لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

(فصل) والرقبى هي أن يقول هذا لك عمرك فان مت قبلي رجع إلي وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لآخرنا موتا وكذلك فسرها مجاهد سميت رقبى لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وقد

ولنا أن الوصية هي التبرع بعطية أو اتلاف أو السبب إلى ذلك ولم يوجد واحد منها لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله انما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لايمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لايمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضييع لماله في ثمنه قال القاضي هذا المذكور قياس قول احمد لأنه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم تكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لايباع ولا يورث قال الخبري هذا قول احمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن احمد خلافه فاما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر مافيه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه ، وقال ابو يوسف ومحمد لاوصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه وان فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قول احمد لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازه للوارث فهذا أولى لان العبد لايملك رقبته فيجعل ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية للبائع لانه قد عاوض عنه وانما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك الميراث واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ماذكرنا ، وقيل يعتق ولا يرث لانه لو ورث لصارت وصية لوارثه فتبطل وصيته ويبطل عتقه وارثه فيفضي توريثه الى إبطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية يقف خروجها من الثلث أو اجازة الورثة ، والبيع عنده لايجوز أن يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولاخيه مائة وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي ، وقيل على قول الشافعي لايرث والمئتان كلها للابن الآخر ، وقال ابو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصفه الباقي من ميراثه ، وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة

روي عن أحمد أنه قال : هي أن يقول هي لك حياتك فاذا مت فهي لفلان أو هي راجعة إلي والحكم فيها على ماتقدم ذكره وأنها كالعمرى إذا شرط عودها الي المعمر ، وقال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري الرقبى وصية يعني أن معناها اذا مت فهذا لك ، وقال الحسن ومالك وابو حنيفة الرقبى باطلة لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى ولان معناها أنها للاخر منا وهذا تمليك معلق بخطر ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر

بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال ابو حنيفة يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لان المستسعى عنده كالعبد لايرث إلا في أربعة مواضع الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه ، والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك ،والعبد المرهون يعتقه سيده والمشترى للعبد نصفه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته وهو حر يرث وقال ابو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لاخيه فان وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك وعلى قول القاضي يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك وفي الآخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وان ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن ، وقال ابو حنيفة اذا اشتراهن اووهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والاخت من الام في نصف قيمتها للاخت للابوين وانما لم يرثا لانهما لو ورثتا لكان لهما خمس وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية واذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقبة بينهما نصفين وأما الاخت للابوين فاذا ورثت عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها وقال أبو يوسف ومحمد يعتقن وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والاخت للام للاخت من الابوين في خمسي قيمتها لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعي لا يعتقن

(فصل) وإذا اشترى المريض أباه بالف لامال له سواه ثم مات وخلف ابنا فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق الباقي على الابن لانه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلثاه لابنه ، وهذا قول مالك وقيل هو مذهب للشافعي ،وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لأنه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي ينفسخ البيع الا ان يجيز الابن عتقه وقيل ينفسخ في ثلثيه ويعتق ثلثه وللبائع الخيار لتفريق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لانه متلف فان ترك الفين سواه عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وبهذا قال مالك

ولنا مارويناه من الاخبار ، وحديثهم لانعرفه ولا نسلم أن معناها ماذكروه بل معناها أنها لك حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل) وتصح العمرى في غير العقار من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات ، وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لان الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمرى وجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزاً

وأبو حنيفة وقيل نحوه قول الشافعي وقيل على قوله يعتق ولا يرث وقيل شراؤه مفسوخ وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وخمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الاول وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثا ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا فى مسألة الاب ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى فى قيمة ثلثيه للاب ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى فى قيمة سدسه فان ترك ألفين سواه عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين وللاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد للأب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ الفا وخمسمائة وان خرج مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل على الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر مافيه من الحرية فان لم يخلف المشتري الا اخا حرا ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عليه وقال ابو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه وقال ابو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف الفين سواه عتق وورث الالفين ولاشيء للاخ في الاقوال الا فيما قيل على قول الشافعي أنه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلثا الالف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حاباه ولم يبق من التركة سواه فيكون له ثلثه وهي تسع الف ويرد التسعين فتكون بين الاثنين ، وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث اخوه ثلثيه ويعتق عليه وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثا ، وقال ابو حنيفة الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لاخيه وقال ابو يوسف ومحمد يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر اخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلاثة آلاف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ

(فصل) وان وقت الهبة الى غير العمرى والرقبى فقال وهبتك هذا لسنة أو الى أن يقدم الحاج أو الى أن يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تمليك الرقبة فلم تصح موقتة كالبيع وتفارق العمرى والرقبى لان الانسان انما يملك الشيء عمره فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق، وان شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطا على غير الموهوب له بخلاف غيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان قال سكناها لك عمرك كان له أخذها أي وقت أحب لان السكنى ليست كالعمرى والرقبى)

أما اذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لانه في التحقيق هبة المنافع ، والمنافع انما تستوفى بمضي الزمان شيئا فشيئا فلا تلزم الا في قدر ماقبضه

المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا الالف ويرد البائع أربعة اتساع الالف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) يقدم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن في قيمته لاخيه في قول أبي يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع المشتري للابن الحر وقيل غير ذلك وان اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا في قول الشافعي ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخيه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبته لانه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه ، وقال أبو حنيفة يسعى لاخيه في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك الفين سواه عتق كله لان التركة هي الثمن مع الالفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول للشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو الف وثلثا ألف ويسعى لاخيه في الف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لاخيه في خمسمائة والالفان لاخيه في قولهم جميعاً

(فصل) ولو اشترى المريض ابني عم له بالف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما الف فاعتق احدهما ثم وهبه اخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاه فان قياس قول القاضي ان شاء الله انه يعتق ثلثا المعتق الا ان يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية اتساعه يبقى تسعة وثلث اخيه للمولى ويحتمل ان يعتق كله ويرث اخاه فيعتقان جميعا لانه يصير بالاعتاق وارثا لثلثي التركة

منها واستوفاه بالسكنى وللمسكن الرجوع متى شاء وأيهما مات بطلت الاباحة وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وروي معنى ذلك عن حفصة، وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمرى تكون له ولعقبه لأنها في معنى العمرى فيثبت فيها مثل حكمها، وحكي عن الشعبي أنه اذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته وان قال داري هذه اسكنها حتى تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه اذا قال هي لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى فاذا قال اسكن داري هذه فانما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية

ولنا أن هذا اباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعارية وفارق العمرى فانها هبة للرقبة فاما اذا قال هذه

فتنفذ اجازته في اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث وفي قياس قول ابي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل ارثه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى وقال أبو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكون أحق بالميراث من المولى فان كان للميت مال سواهما أخذا ذلك المال بالميراث ويغرم المعتق لاخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه لان عتق الاول وصية ولا وصية لوارث وقد صار وارثاً مع أخيه فورث نصف قيمة رقبته ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له فيعتق بقرابته له ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته و نصف قيمة أخيه لاخيه وأما قول أبي حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتق وغرم الاول لاخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمة نفسه لانه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته لانهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلابد من ان تنفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت إذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعاً ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت أنا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية فعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسراً أو هناك مال غيرهما أخذ الثاني نصفه ثم اخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثا لاخيه الاول

﴿ مسألة ﴾ (ولو اعتق امته وتزوجها في مرضه فنقل المروذي عن احمد انها ترث اختاره القاضي، وقال الشافعي لا ترث لان توريثها يفضي إلى ابطال عتقها لأنه وصية وابطال عتقها يبطل توريثها.

ولنا أن العتق في هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد في مرضه فانه لا يسقط ميراثه ولا تبطل الوصية

لك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبه مالو قال هذه لك سكناها ، واذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال

(فصل) اذا وهب هبة فاسدة او باع بيعا فاسداً ثم وهب تلك العين او باعها بعقد صحيح مع

﴿مسئلة﴾ (ولو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لامال له سواهما وهما مهر مثلها ثم مات صح العتق ولم تستحق الصداق لئلا يفضي الى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها وقال القاضي تستحق المائتين وتعتق)

لان العتق وصية لها وهي غير وارثة والصداق استحقته بعقد المعاوضة وهي تنفذ من رأس المال فهو كما لو تزوج أجنبية وأصدقها المائتين وقال أصحاب الشافعي يسقط مهرها ولاترث لكونها لاتخرج من الثلث وسقوط العتق في بعضها يبطل مهرها ويسقط نكاحها فأسقطنا المهر والميراث وأنفذنا العتق والنكاح قال شيخنا وهذا أولى من القول بصحة العتق والصداق جميعاً لانه يفضي الى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك ولو أصدق المائتين أجنبية صح وبطل العتق في ثلثي الامة لان الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته لم ينفذ من عتق الامة الا الثلث واذا بطل بعض عتقها بذهاب المائتين الى غيرها فأولى أن يبطل بذهابها اليها وبطلان عتقها يبطل نكاحها فالقول بسقوط المهر وحده أولى

﴿مسئلة﴾ (وان تبرع بالثلث ثم اشترى أباه من الثلثين وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فللاب سدسه وباقيه للابن وعلى قول القاضي ومن جعله وصية لايعتق الاب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول واذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما عتق بعد الموت وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون فاولى أن لا ينفذ بالقول والله سبحانه وتعالى أعلم

فصول في تصرف المريض

(فصل) اذا أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر فاذا مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها ان كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئان فيجمع

عليه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه عالما بانه ملكه ، وان كان يعتقد صحة العقد الاول ففي صحة الثاني وجهان (أحدهما) صحته لان تصرفه صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفا يعتقد فساده فنفسد كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لابيه فبان أنه قد مات وملكها بالميراث

ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفا نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شيء للميت سواها فتجعل لنفسها منها ثلاثة اسباعها يكون حراً والباقي للورثة وان أحب الورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعاه ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة أسباعها فلهم ذلك وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي ويسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها فان كان لك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال وان دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها وانما قل العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها وطريق حسابها أن تقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها وهو الذي عتق منها ويأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وهو يعدل مثلي ما عتق منها وحسابها أن تجعل السبعة الاشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها فان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها وان أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها وبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضي بعتقها ونكاحها ولا مهر لها لان ايجابه يفضي الى اسقاطه واسقاط عتقها ونكاحها فاسقاطه وحده أولى وان كان دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي في هذه المسئلة التي قبل الاخيرة ما يقتضي صحة نكاحها وعتقها مع وجوب مهرها فيما اذا عتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهو مهر مثلها وهو مذكور في هذا الباب وقال أبو حنيفة فيما اذا ترك مثلي قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطي مهرها وثلث الباقي يحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فان خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو

أو غصب عينها فباعها يعتقدها مغصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين قال القاضي أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو واجها بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان والشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الخرقي لانها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته الى المائة فيكون ذلك هو التركة وترث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه يحسب عليه قيمته أيضاً ويضم الى التركة ويبقى للورثة ستون وقال الشافعي لا ترث شيئا وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الخرقي ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ان أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف علمناه فأما ان أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه عتقت وورثت في اختيار أصحابنا وقول أبي حنيفة ونقله المروذي عن أحمد كما لو كان عتقها في صحته وقال الشافعي لا ترث وقد ذكرناه

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد اللقطة بفتح القاف اسم الملتقط لان ماجاء على فعلة فهو اسم الفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة الذي يهزأ به ، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا والاصل في اللقطة ماروى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه ، والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقة والعفاص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره . قاله أبو عبيد والاصل في العفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة قوله « معها حذاءها » يعني خفها فانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لانها تأخذ فيه ماء كثيرا فيبقى معها يمنعها العطش والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامي والهوافي والهوامل

باب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره قال الخليل بن احمد اللقطة بفتح القاف اسم الملتقط لان ما جاء على فعلة فهو اسم الفاعل كالضحكة والصرعة ، واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة الذي يهزأ به ، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضاً والاصل فيها ماروى زيد بن خالد الجهني قال سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه الوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقة ، والعفاص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره ، قاله أبو عبيد والاصل في العفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة ، وقوله « معها حذاءها » يعني خفها لانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش والضالة ، اسم للحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها ايضاً الهوامي والهوامل .

(فصل) قال امامنا رحمه الله الافضل ترك الالتقاط وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ومر شريح بدرهم فلم يعرض له واختار أبو الخطاب اذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك ان كان شيئا له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه لان فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة ولانه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الامانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر وما ذكروه يبطل بالضوال فانه لا يجوز أخذها مع ماذكروه وكذلك ولاية مال الايتام

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وجد لقطة عرفها سنة في الاسواق وأبواب المساجد)

وجملته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفيته ومن يتولاه ، أما وجوبه فانه واجب على كل ملتقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها ، وقال الشافعي لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها

﴿مسئلة﴾ (وتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) : مالا تتبعه الهمة كالسوط والشسع والرغيف فيملكه بأخذه بلا تعريف)

لما روى جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل فينتفع به رواه أبو داود وكذلك التمرة والكسرة والخرقة ومالا خطر له يجوز الانتفاع به من غير تعريف لان النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له « لو لم تأتها لاتتك » ورأى النبي ﷺ تمرة فقال «لولا اني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها » ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة اليسير والانتفاع به روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاووس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي

قال شيخنا وليس عن احمد تحديد اليسير الذي يباح ، وروى عن احمد أبو بكر بن صدقة اذا أخذ درهما عرفه سنة وقال في رواية عبد الله ما كان نحو التمرة والكسرة والخرقة وما لا خطر له فلا بأس ، ونحو ذلك قول الشافعي وذكر القاضي ذلك في كتاب الخلاف ويحتمل أن لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمرة بدليل قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء

ولنا أن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ، ولان حفظها لصاحبها انما يفيد بايصالها اليه وطريقه التعريف اما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ، ولان امساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها أو القائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان بقاءها في مكانها إذاً أقرب الى وصولها إلى صاحبها إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها واما بأن يجدها من يعرفها وأخذه لها يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولان التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فان التمليك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل الثاني) في قدر التعريف ، وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لان أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة أيام الى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال اسحاق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها . وروى أبو اسحاق الجوزجاني باسناده عن يعلى

التافه وروي عن علي رضي الله عنه أنه وجد ديناراً فتصرف فيه ، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت وجدت خاتما من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به، ورخص رسول الله ﷺ في الحبل في حديث جابر وقد تكون قيمته دراهم ، وعن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيدان بن صوحان حتى اذا كنا بالعذيب التقطت سوطا فقال لي ألقه فأبيت فلما قدمنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة

ولنا على ابطال تحديده بما ذكره عموم حديث زيد بن خالد في كل لقطة فيجب ابقاؤه على عمومه الا ما خرج منه بالدليل ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو في معنى ما ورد به النص ولان التحديد لا يعلم بالقياس وانما يؤخذ من نص او اجماع وليس فيما ذكروه نص ولا اجماع فاما حديث علي فهو ضعيف رواه ابو داود وقال طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة اما لكونه مضطراً اليه او غير ذلك وحديث عائشة قضية في عين لا يدرى كم قدر الخاتم ؟ ثم هو قول صحابي وهم لا يرون ذلك حجة وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح ما ذكره النبي ﷺ ورخص فيه من السوط والعصا والحبل وما قيمته كقيمة ذلك

(فصل) والا يجوز التقاطه والانتفاع به من غير تعريف كالكسرة والتمرة والعصا ونحو ذلك

ابن أمية قال: قال رسول الله ﷺ « من التقط درهما أو حبلا أو شبه ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام »

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ أمره بعام واحد ولان السنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كمدة أجل العنين. وأما حديث أبي فقد قال الراوي لا أدري ثلاثة أعوام أو عام واحد، قال أبو داود شك الراوي في ذلك، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى. اذا ثبت هذا فانه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها لان النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولان القصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا لان صاحبها في الغالب انما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والاسبوع أكثر لان الطالب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا. وقد روى الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار فجئت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقدم من ركب إلا نشدتها وقلت الذهب طريق الشام ثم شأنك بها

اذا التقطه انسان وانتفع به أو تلف فلا ضمان فيه ذكره صاحب المستوعب وكذلك ما قيمته كقيمة ذلك لان النبي ﷺ رخص فيه ولم يذكر عليه ضمانا ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وكذلك يخرج في السوط والحبل وشبهه المذكور في حديث جابر وقدره الشيخ ابو الفرج بما دون القيراط ولا يصح تحديده لما ذكرناه وذكر القاضي انه لا يجب تعريف الدانق

﴿القسم الثاني﴾ (الضوال التي تمتنع من صغار السباع كالابل والبقر والخيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها لا يجوز التقاطها)

كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه سواء كان لكبر جثته كالابل والخيل او لطيرانه كالطيور كلها او لعدوه كالظباء او أنيابه كالكلاب والفهود قال عمر رضي الله عنه من أخذ الضالة فهو ضال أي مخطئ، وبهذا قال الشافعي وابو عبيد، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في الصحراء لا يقربها ورواه المزني عن الشافعي وكان الزهري يقول من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فلينحرها قبل ان تنقضي الايام الثلاثة وقال ابو حنيفة يباح التقاطها لانها لقطة اشبهت الغنم

ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عنها « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها وسئل ﷺ فقيل يارسول الله انا نجد هوامي الابل فقال « ضالة المسلم حرق النار » وعن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المقصود اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لان المسجد لم يبن لهذا ، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله اليك فان المساجد لم تبن لهذا » وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) والملتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فان وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج الى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي واختار أبو الخطاب انه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالاجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة إيصالها الى صاحبها فكان على مالكها كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها

ولنا ان هذا أجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك اذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولانه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جففها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك

«لا يؤوي الضالة الا ضال » رواه ابو دواد بمعناه وقياسهم يعارض صريح النص وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ؟ على ان الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء والخوف عليها من الذئب

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت الى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها أضيع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان فان الدينار دينار حيث كان

(فصل) والبقر كالابل نص عليه احمد وهو قول الشافعي وابي عبيد وحكي عن مالك ان البقرة كالشاة

ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ولانها تمتنع من صغار السباع وتجزيء في الاضحية عن سبعة فاشبهت الابل ، وكذلك الحكم في الخيل والبغال ، فاما الحمر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر اجسامها فاشبهت الخيل والبغال ، قال شيخنا والاولى الحاقها بالشاة لان النبي ﷺ علل الابل بان معها سقاءها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعي في بطونها منه وقوتها على وروده وفي اباحته ضالة الغنم بانها معرضة لاخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لاخيك أو للذئب » والحمر مساوية للشاة في علتها فانها لا تمتنع من الذئب وتفارق الابل في علتها لكونها لا صبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عن الماء، فيقال مابقي من مدنه الا ظمء حمار والحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة اولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة

(الفصل السادس) في كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لواجد الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولانه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكها

(فصل) لم يفرق الخرقي بين يسير اللقطة وكثيرها وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس كالتمرة والكسرة والخرقة وما لا خطر له فانه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف، لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له «لو لم تأتها لأتتك» ورأى النبي ﷺ تمرة فقال «لولا اني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن ما دون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمرة، والدليل على انه تافه قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء التافه، وروي عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فتصرف فيه، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت:

(فصل) فأما غير الحيوان فما كان منه يتحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم اخذه بل اولى منه لان الابل معرضة للتلف في الجلة بالاسد وبالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ولان هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان فاذا حرم اخذ الحيوان فهذه اولى

(فصل) فان اخذ الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه اماما كان او غيره لانه اخذ ملك غيره بغير اذنه ولا اذن الشارع له فهو كالغاصب، فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي وقال مالك يبرأ لان عمر رضي الله عنه قال ارسله الى الموضع الذي اصبته فيه وجرير طرد البقرة التي لحقت ببقره

ولنا ان ما لزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه او نائبه كالمسروق والمغصوب واما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة انما لحقت بالبقر فطردها فاشبه ما لو دخلت داره فاخرجها واما عمر فهو كان الامام فامره بردها الى مكانها كاخذها فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث تثبت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها فان دفعها الى نائب الامام زال عنه الضمان لان له نظراً في ضوال الناس بدليل ان له اخذها فكان نائباً عن اصحابها فيها

وجدت خاتما من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، وروى أبو داود باسناده عن جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به ، والحبل قد تكون قيمته دراهم وعن ابن ماجه باسناده عن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان حتى اذا كنا بالعذيب التقطت سوطا فقالا لي ألقه فأبيت حتى قدمنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة

ولنا على ابطال تحديده بما ذكروه ان حديث زيد بن خالد عام في كل لقطة فيجب ابقاؤه على عمومه إلا ماخرج منه بالدليل، ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو في معنى ماورد النص به ولان التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس وانما يؤخذ من نص أو اجماع وليس فيما ذكروه نص ولا اجماع ، وأما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة إما لكونه مضطرا اليه أو غير ذلك، وحديث عائشة قضية في عين لايدرى كم قدر الخاتم ثم هو قول صحابي وكذلك حديث علي وهم لايرون ذلك حجة ، وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ماذكره النبي ﷺ ورخص في أخذه من السوط والعصى والحبل وما قيمته كقيمة ذلك، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط ولا يصح تحديده لما ذكرنا

(فصل) اذا أخر التعريف عن الحول الاول مع إمكانه أثم لأن النبي ﷺ أمر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض بن حمار لا تكتم ولا تغيب ، ولان ذلك وسيلة الى أن لا يعرفها

(فصل) وللامام أو نائبه أخذ الضالة ليحفظها لصاحبها لان عمر رضي الله عنه حمى موضعا يقال له النقيع لخيل المجاهدين والضوال ولان للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ولانه اذا عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ، ولا يكتفى فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلم تكن الصفة دليلا على ملكه لها ولان الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيرها فلم يكن ذلك دليلا ويمكنه اقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه تملكه إياها

(فصل) وإن أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها كالامام أو نائبه ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، فان وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها إن تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين أو في برية لا ماء بها ولا مرعى فالاولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على آخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو

صاحبها فان الظاهر انه بعد الحول ييأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن أحمد لان حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الاول وإن تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » فعلى هـذا إن أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني، وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول لان شرط الملك التعريف في الحول الاول ولم يوجد ، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبدا ؟ على روايتين، ويحتمل أن يلزمه دفعها الى الحاكم كقولنا فيما اذا التقط فيما لا يجوز التقاطه ، ولو ترك التعريف في بعض الحول الاول لم يملكها أيضا بالتعريف فيما بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو أخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة

(فصل) وإن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) ان حكمه حكم مالو تركه مع امكانه لان تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر (والثاني) انه يعرفه في الحول الثاني ويملكه لانه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه فأشبه مالو عرفه في الحول الاول

حريق واذا أخذها سلمها الى نائب الامام وبريء من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) ويسم الامام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة ويشهد عليها ثم إن كان له حمى ترعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك وان رأى المصلحة في بيعها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحليها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ لها لان تركها يفضي الى أن تأكل جميع ثمنها

(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح واسحاق الا أن يكون تركها لترجع اليه أو ضلت منه وقال مالك هي لمالكها ويغرم ما انفق عليها وقال الشافعي وابن المنذر هي لمالكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لانه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع بما أنفق لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحياها فهي له ، قال عبد الله بن عبد الرحمن فقلت — يعني الشعبي — من حدثك بهذا؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود ، وفي لفظ عن النبي ﷺ انه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياها » ولان في الحكم بملكها إحياؤها وانقاذها من

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله)

وجملته انه اذا عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها ملتقطها وصارت من ماله كسائر أمواله غنيا كان الملتقط أو فقيرا ، وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وروى ذلك عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة ، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي يتصدق بها فاذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والغرم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولا » وروي « ثلاثة أحوال » فان جاء ربها وإلا تصدق بها فاذا جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يتملكها إلا ان أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيرا من غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي ان النبي ﷺ قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب ، فان وجد صاحبها فليردها عليه وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة ، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

الهلاك ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ولأنه نبذ رغبة عنه وعجز عن أخذه فملكه آخذه كالساقط من السنبل وسائر ما ينتبذه الناس رغبة عنه ، فأما ان ترك متاعا فخلصه انسان لم يملكه لانه لاحرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فان الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع اليه صاحبه وان كان المتروك عبداً لم يأخذه لان العبد في العادة يمكنه التخلص إلى الاماكن التي يعيش بها بخلاف البهيمة، وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخليص المتاع نص عليه ، وكذلك العبد على قياسه ، قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به فاما ان لم يجعل له شيئاً فلا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فانه لو جعل له جعلا لا ستحقه ولم يجعل له أجر المثل، ويفارق هذا الملتقط فانه لم يخلص اللقطة من الهلاك ، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها في مكانها فيجدها وههنا ان لم يخرجه هذا ضاع وهلك ولم يرجع اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ الاموال من الهلاك من غير مضرة فجاز كالجعل في الآبق ولان اللقطة جعل فيها الشارع ما يحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجيء صاحبها فاكتفي به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث على تخليصه بطريق الاولى وليس إلا الاجر كرد الآبق

ولنا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد «فان لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظ «ثم كلها» وفي لفظ «فانتفع بها» وفي لفظ «فشأنك بها» وفي حديث أبي ابن كعب «فاستنفقها» وفي لفظ «فاستمتع بها» وهو حديث صحيح، ولان من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير. وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يوثق به ودعواهم في حديث عياض ان مايضاف الى الله لايتملكه إلا من يستحق الصدقة لابرهان لها ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكماً كالميراث هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله وإلا كانت كسائر ماله، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة اذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله واختار أبو الخطاب انها لاتدخل في ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت تملكها، ومنهم من قال لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها لان هذا تمليك بعوض فلم يحصل إلا باختيار المتملك كالشراء.

ولنا قول النبي ﷺ «فاذا جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له ولم يجز له التصرف قبله وفي لفظ «فهي لك» وفي لفظ «كلها» وهذه

(فصل) فاما ما ألقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق فلم أعلم لاصحابنا فيه قولا سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث وبه قال الحسن فيما أخرجه، قال وما نضب عنه الماء فهو لاهله، وقال ابن المنذر يرده على أصحابه ولا شيء له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم في الفصل قبله ويقتضي قول الامام أبي عبدالله ان لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرنا، قال شيخنا ووجه ماذكرنا من الاحتمال ان هذا مال ألقاه أصحابه فيما يتلف ببقائه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي ألقوه رغبة عنه، ولان فيما ذكرو تحقيقاً لاتلافه فلم يجز كمباشرته بالاتلاف، فاما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذين أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي. وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه ههنا أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق فان الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر إلى التخليص ليخلصه، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضى له بالاجر كجعل رد الآبق

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبداً صغيراً او جارية ان قياس المذهب أنه لايملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التمليك بالتعريف عنده اقتراض والجارية عنده لاتملك بالقرض. قال شيخنا وهذه المسئلة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته، وإن كان ممن يعبر عن نفسه

الالفاظ كلها تدل على ماقلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب التمليك فاذا تم وجب ان يثبت به الملك حكما كالاحياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولااختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه إلا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبرا من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف ، وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه

(فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعا وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر، وإن رأياها معاً فبادر احدهما فأخذها أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لآخذها لان استحقاق اللقطة بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وإن قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها نظرت في نيته فان أخذها لنفسه فهي له دون الآمر وإن أخذها للآمر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له

(فصل) وتملك اللقطة ملكا مراعى يزول بمجيء صاحبها ويضمن له بدلها إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته وانما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثرهم لايملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها وهذا قول القاضي وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبه القرض

فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره لان الطفل لاقول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه لسيده

(الثالث) سائر الاموال كالاثمان والمتاع والغنم والفصلان والعجاجيل وإلا فلا فيجوز التقاطها لمن يقصد تعريفها وتملكها بعده لحديث زيد بن خالد في لقطة الذهب والورق وقوله في الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » ثبت في الذهب والفضة وقسنا عليه المتاع وقسنا على الشاة كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها ومنه الدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطها ، وروي عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها يعني الشاة ونحوها من الحيوان ، وقال الليث بن سعد لا اختار أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لايؤوي الضالة إلا ضال » ولانه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ في الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » متفق عليه ولانه يخشى عليه التلف والضياع أشبه لقطة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ولو قدر التعارض قدم حديثنا لانه أصح ولا يصح قياسه على الابل فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم، ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع منه

(فصل) ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مهلكة وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة

ولنا قول النبي « ﷺ فان جاء صاحبها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » فجعلها من المباحات، ولانه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه، وقال القاضي يمنع ذلك وجوب الزكاة ولانه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة واختياره لاحدهما كالقرض والامر بخلاف ذلك وانما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلفها فانها لو كانت موجودة لاخذها ولم يستحق لها بدلا، وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة ببدلها كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوما وهذا أشبه بمسئلتنا وبه يبطل ماذكروه، وأما القرض فانه لما ثبت بدله في الذمة لم يعد الملك له في المقرض إلا برضاء المقرض واختياره

(فصل) وكل ماجاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثمانا كانت أو غيرها : هذا كلام الخرقي فان لفظه عام في كل لقطة وقد نقل ذلك عن أحمد فان محمد بن الحكم روى عنه في الصياد يقع في شبكته الكيس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس . وقال الشريف بن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الاثمان؟

وجد في الصحراء اذبحها وكلها وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك أو لاخيك أو للذئب » ولا يكون الذئب في المصر

ولنا أن النبي ﷺ أمر بأخذها ولم يفرق ولم يستفصل ولو افترق الحال لاستفصل ولأنها لقطة فاستوى فيها المصري وغيره كسائر اللقطات، وقولهم لايكون الذئب في المصر قلنا كونها للذئب في الصحراء لايمنع كونها لغيره في المصر، ومتى عرفها حولا ملكها، وذكر القاضي وابو الخطاب عن أحمد رواية أنه لايملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها

ولنا قوله عليه السلام « هي لك » أضافها اليه بلام التمليك ولان التقاطها مباح فملكت بالتعريف كالاثمان، وقد حكاه ابن المنذر اجماعا

﴿ مسئلة ﴾ (فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها فان أخذها لزمه ضمانها ولا يملكها وان عرفها)

إذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فان أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريط أو بغير تفريط، ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه ليس له أخذه فهو كالغاصب نص عليه أحمد، ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجدا فيملكها بذلك كالاصطياد والاحتشاش اذا دخل ملك غيره بغير اذنه فاصطاد أو احتش

على روايتين أظهرهما انها كالاثمان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأثمان والعروض في ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف . قال القاضي نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً . وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين ، وقال الخلال كل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل انه يعرف ابدا قول قديم رجع عنه ، واحتجوا بما روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولانها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل . ولان الخبر ورد في الاثمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فمثلها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها

ولنا عموم الاحاديث في اللقطة جميعها فان النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « فانتفع بها أو فشانك بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطة » وهو لفظ عام، وروى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما قالا حدثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله ﷺ فقال يارسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه « سنة فان جاء صاحبه وإلا فشأنك به » وروينا أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فان عرفت وإلا فهي لك زاد

منه ملك الصيد والحشيش وان كان دخوله محرما كذا ههنا ، ولان عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولانا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لان الغالب على هؤلاء الالتقاط للتمليك لا للتعريف

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها)

لما ذكرنا والافضل تركها قاله أحمد روي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر بن زيد والربيع بن خثيم وعطاء ، وقال ابو الخطاب اذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول الشافعي وعنه أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) وإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله كولي اليتيم، وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك ان كان شيئا له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه ولان فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه كتخليصه من الغرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة ولانه يعرض نفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الامانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وماذكروه يبطل بالضوال فانه لا يجوز أخذها مع ماذكروه وكذلك ولاية مال الايتام

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى أخذها ثم ردها الى موضعها ضمنها)

الجوزجاني فلم تعرف فلقيه العام المقبل فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائي أيضاً، وهذا نص في غير الأثمان وروى الجوزجاني باسناده عن الحرين الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال اني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته، وكنت له ضامناً متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك إن شئت، ولان ماجاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثمان وما حكوه عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطة لاتملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالاثمان ولا يصح قياسها على الابل لان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لايجوز التقاطها فلا تملك به وههنا يجوز التقاطها فتملك به كالأثمان، ثم لم اذا لم تملك في الحرم لا تملك في الحل؟ وذلك لان الحرم ميز بكون لقطته لايلتقطها إلا منشد ولهذا لم تملك الاثمان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه، وقولهم ان النص خاص في الاثمان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصاً خاصاً في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الاثمان، ثم لو اختص الخبر بالاثمان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وههنا قد وجد المعنى

روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي، وقال مالك لاضمان عليه لانه روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته رواه الاثرم ولما روي عن جرير بن عبدالله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها امانة حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا يحل أخذها، فاذا أخذه احتمل ان له رده الى مكانه ولاضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد اخذه ويحتمل ان لا يبرأ من ضمانه برده لانه دخل في ضمانه فلم يبرأ برده الى مكانه كالمسروق ومايجوز التقاطه، فعلى هذا لا يبرأ الا برده الى الامام أو نائبه وأما عمر فهو كان الامام فاذا أمر برده فهو كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا اخذها غلامه إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره ولذلك يلزمه ضمانها إذا فرط فيها لانها امانة فهي كالوديعة.

(فصل) فان ضاعت اللقطة من ملتقطها في حول التعريف بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فهي كالوديعة، فان التقطها آخر فعلم أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول بالضياع فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها منه لان الملك

فيجب قياسه على المنصوص عليه ، أو نقول ان المعنى ههنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه . بيانه ان الاثمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائما هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظا لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها اليه وتقع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ عن اضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه ولان في إثبات الملك فيها حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للآدمي وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد فتعريفها فتضيع ، وما ذكروه في الفرق ملغي بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الاصل والفرع والله أعلم ، ثم نقلب دليلهم فنقول لقطة لا تملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك اذا كان في الحل كالابل

(فصل) وظاهر كلام أحمد والخرقي أن لقطة الحل والحرم سواء وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وروي عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وانما يجوز حفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد وعن الشافعي كالمذهبين ، والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في

مقدم على حق التملك فاذا جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وان علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى اخذها وقال عرفها انت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط ، وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو نائبه في التعريف ويملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين (أحدهما) يملكها الثاني لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلمه بها . ويشبه هذا من تحجر مواتا اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحدا لانه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ، يفارق هذا اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة من البحر فوجد فيها درة أو عنبرة أو شيئا مما يكون في البحر فهو للصياد لان ذلك يكون في البحر ، قال الله تعالى (وتستخرجون حلية تلبسونها) ولان الاصل عدم ملكها لغيره ، فان باعها الصياد ولم يعلم فوجده المشتري في بطنها فهو للصياد نص عليه أحمد لانه اذا لم

مكة « لاتحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه . وقال أبو عبيد المنشد المعرف والناشد الطالب وينشد
* اصاخة الناشد للمنشد * فيكون معناه لاتحل لقطة مكة الا لمن يعرفها لانها خصت بهذا من سائر البلدان
وروى يعقوب بن شيبة في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي أن النبي ﷺ نهى عن لقطة
الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضاً ، ووجه الرواية الاولى
عموم الاحاديث وانه أحد الحرمين فأشبه حرم المدينة ولانهما أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم
كالوديعة وقول النبي ﷺ « الا لمنشد » يحتمل أن يريد الا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكدها
لا لتخصيصها كقوله عليه السلام « ضالة المسلم حرق النار » وضالة الذمي مقيسة عليها

(فصل) اذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه
النية فاذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال
غيره على وجه لايجوز له أخذه فأشبه الغاصب نص على هذا أحمد ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف
والالتقاط وقد وجد فيملكها به كالاصطياد والاحتشاش فانه لو دخل حائطا لغيره بغير اذنه فاحتش
أو اصطاد منه صيداً ملكه وإن كان دخوله محرما كذا ههنا ، ولان عموم النص يتناول هذا الملتقط
فيثبت حكمه فيه ولاننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبي
والسفيه لان الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف

يعلم به فما باعه ولا رضي بزوال ملكه عنه فأشبه من باع داراً له مال مدفون فيها، فان وجد دراهم أو
دنانير فهي لقطة لان ذلك لايخلق في البحر ولا يكون إلا للآدمي فكان لقطة كما لو وجده في البحر
وكذلك الحكم في الدرة والعنبرة اذا كان فيها أثر لآدمي كالمثقوبة والمتصلة بذهب أو فضة أو غيرهما
أو كانت العنبرة تفاحة ونحو ذلك مما لايخلق عليه في البحر تكون لقطة لانها لم تقع في البحر حتى
تثبت اليد عليها فهي كالدينار فمن وجدها الصياد فعليه تعريفها لانه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري
فالتعريف عليه لانه واجدها ولا حاجة الى البداية بالبائع فانه لايحتمل أن تكون السمكة ابتلعت
ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره ، فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة
أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهو لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لانه يحتمل أن تكون ابتلعتها من ملكه
فيبدأ به كقولنا فيمن اشترى داراً فوجد فيها مالا مدفونا ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر
والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة لان ذلك لايكون إلا في البحر
عادة ، ويحتمل ان النهر اذا كان متصلا بالبحر فهو كما لو صادها منه لانها قد تبتلع ذلك في البحر ثم
تخرج الى النهر وإن لم يكن متصلا به فهو لقطة ويحتمل أن يكون للصياد لقول الله تعالى (ومن كل
تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها).

(فصل) وإن وجد عنبرة على الساحل فهي له لانه يمكن ان البحر ألقاها والاصل عدم الملك

﴿ مسئلة ﴾ قال (وحفظ وكائها وعفاصها وحفظ عددها وصفتها)

الاصل في هذا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد « اعرف وكاءها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال « عرفها حولا » فعرفتها حولا فلم تعرف فرجعت اليه فقال « اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء ربها فادها اليه » ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها حين التقاطها قبل التعريف وهو الاولى ليحصل عنده علم ذلك ، فاذا جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع اليه حينئذ، وان أخر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها جاز لان المقصود يحصل بمعرفتها حينئذ وان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تنعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها، وكذلك إن خلطها بما له على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لأبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيق وأمره لزيد ابن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها، وان كانت ثيابا عرف لفافتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل وبالوزن أو بالعدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشوطة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد ، وقد روى سعيد عن اسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو الصدري قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب الى عمر بن عبد العزيز فكتب الينا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها وإن باعوكموها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها اثنتين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها الى عمر فلم يلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه خرزا أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك يدل على انه كان مملوكا ، قال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة له والشبكة يعرفها ويدفعها الى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الاباحة، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به فصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة الى صاحبها فان لم يعرف صاحبها فهي لقطة ، وقال أحمد في رجل انتهى الى شرك فيه حمار وحش أو ظبي قد شارف الموت فخلصه وذبحه فهو لصاحب الحبالة وما كان من الصيد في الحبالة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو

(فصل) ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها قال أحمد رحمه الله لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله ﷺ « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه اذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجباً لبينه النبي ﷺ سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الامر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولانه أخذ أمانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فانه اذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته ان مات ومن غرمائه ان أفلس واذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع قال أحمد في رواية صالح وقد سأله اذا شهد عليها هل يبين كم هي ? قال لا ولكن يقول قد أصبت لقطة، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الانسان عرضة النسيان

صقراً أو عقاباً وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومر في الارض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يرده على صاحبه ، قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ? قال يرده على صاحبه فجعله لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه، والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحبالة من الصقر والعقاب لصاحب الحبالة ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود مايدل على الملك فيه كوجود السير في رجله أو آثار التعليم مثل استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك فان لم يوجد مايدل على انه مملوك فهو لمن صاده لان الاصل إباحته وعدم الملك فيه

(فصل) ومن أخذت ثيابه في الحمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال أحمد فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها انما قال ذلك لان آخذ الثياب لم يقع بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه ويتصدق به كالصدقة باللقطة ، قال شيخنا ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروك له وكانت مما لا يشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة الى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع من ربه ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذا عالم به راض ببذله عوضا عما أخذه ولا يعترف انه له فلا يحصل من

﴿مسئلة﴾ قال (فان جاء ربها فوصفها له دفعت اليه بلا بينة)

يعني اذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا ببينة ولا يجوز له دفعها اليه اذا غلب على ظنه صدقه قال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي » ولان صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب

ولنا قول النبي ﷺ « فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها اليه » قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول رواه ابن القصار فان جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها اليه وفي حديث زيد الذي ذكرنا « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وان جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه » يعني اذا ذكر صفاتها لان ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطا للدفع لم يجز الاخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولان اقامة البينة على اللقطة تتعذر لانها انما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع وصولها الى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تضييع أموال الناس وما هذا سبيله

تعريفه فائدة فاذاً ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه (أحدها) يتصدق بها على ماذكرنا (والثاني) انه يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له بادلا إياها عوضا عما أخذه فصار كالمبيع له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما (والثالث) يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضاً عن ماله ، والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم فيمن له على انسان حق من دين او غصب أن يأخذ من ماله بقدر حقه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فههنا مع رضا من عليه الحق بأخذه أولى،وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب انما أخذها ظنا منه انها ثيابه مثل أن تكون المتروكة مثل المأخوذة أو خيراً منها وهي مما تشتبه بها فينبغي أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة،والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف اذا لم تعرف ففيها الاوجه الثلاثة المذكورة الا أننا اذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فانما يأخذ بقدر قيمة ثيابه من غير زيادة لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعارضة بها وإذا قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي

يسقط اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لان الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا واتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما فكيف يكون فاضلا وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه وقول النبي ﷺ «البينة على المدعي» يعني اذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكر ههنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي اللقطة وصفها فاذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فان النزاع ثم في كونه مغصوبا والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج الى البينة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وان له صاحبا غير من هو في يده ولا مدعي له الا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدفع اليه

(فصل) فان وصفها اثنان اقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه وهكذا ان أقاما بينتين أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت اليه ذكره القاضي وقال أبو الخطاب تقسم بينهما لانهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما والذي قلنا ، أصح وأشبه بأصولنا فيما اذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانهما تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد انسان فقال هي لاحدكما لا أعرفه عينا وفارق

(فصل) نقل الفضل ابن زياد عن احمد اذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل منهما انا دفنته يبين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من اصاب الوصف فهو له وذلك لان مايوجد من الدفن في الارض مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولان المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان احق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه احدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فكان في جيش فقال احمد يعرفها سنه في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان اموال اهل الحرب مباحة ويجوز ان تكون لمسلم وقد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله اعلم انه يتم التعريف في دار الاسلام فاما ابتداء التعريف فيكون الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل ان تكون لاحدهم فاذا قفل اتم التعريف في دار الاسلام فأما ان دخل دارهم بأمان فينبغي ان يعرفها في دارهم لان اموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا اخذ منها شيئا فان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان اموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمته ويحتمل ان تكون غنيمة له لا تحتاج الى تعريف لان الظاهر انها اموالهم واموالهم غنيمة والله اعلم

ما اذا كانت في أيديهما لان يدكل واحدمنهما على نصفه فرجح قوله فيه وان وصفها انسان فأقام آخر البينة أنها له فهي لصاحب البينة لانها أقوى من الوصف فان كان الواصف قد اخذها انتزعت منه وردت الى صاحب البينة لانا تبينا أنها له فان كان قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف أو الدافع اليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لانه فعل ما امر به لانه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولان الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها

ولنا أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الى غير مالكها اذا غلب على ظنه أنه مالكها فأما ان دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لانها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده فان ضمن الدافع رجع على الواصف لانه كان سبب تغريمه الا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنه صاحبها ومالكها فانه لا يرجع عليه لانه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وان صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجع على الواصف بما غرمه وليس لمالكها تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم

﴿ مسئلة ﴾ وهي على ثلاثة اضرب (حيوان) فيخير بين أكله في الحال وعليه قيمته وبين بيعه وحفظ ثمنه وبين تركه والانفاق عليه من ماله وهل يرجع به ؟ على وجهين وجملة ذلك ان ملتقط الشاة وما كان مثلها مما يباح أكله يتخير ملتقطها بين ثلاثة اشياء (احدها) اكلها في الحال وبه قال مالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم قال ابن عبدالبر اجمعوا على ان ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له اكلها لقول النبي ﷺ «هي لك اولاخيك أوللذئب» جعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب والذئب لا يؤخر أكلها ولان في أكلها في الحال اغناء عن الانفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها اذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها وفي ابقائها تضييع للمال بالانفاق عليها والغرامة في علفها فكان اكلها اولى واذا اراد اكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم وقال مالك كلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول رسول الله ﷺ «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما ولانه سوى بينه وبين الذئب والذئب لا يعرف ولا يغرم قال ابن عبدالبر لم يوافق مالكا احد من العلماء على قوله وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله ابن عمر «ورد على أخيك ضالته» دليل على ان الشاة على ملك صاحبها ولانها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها اذا جاء كغيرها ولانها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولانها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب وكون النبي ﷺ قال «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد اذن في لقطة

يستحق شيئا لان الاول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد مايقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها له كسائر ماله

(فصل) ولو جاء مدع اللقطة فلم يصفها ولاأقام بينة أنها له لم يجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لانها أمانة فلم يجز دفعها الى من لم يثبت انه صاحبها كالوديعة فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الواصف غرامتها له لانه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين آخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها فللملتقط مطالبة آخذها بها لانه لا يأمن مجيء صاحبها فيغرمه إياها ولانها أمانة في يده فملك أخذها من غاصبها كالوديعة

﴿مسئلة﴾ (قال أو مثلها ان كانت قد استهلكت)

وجملة ذلك أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط ان تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لانها نماء ملكه وان أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ان كانت من ذوات الامثال وبقيمتها ان لم يكن لها مثل لا أعلم في هذا خلافا وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لانها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول

الذهب والورق بعد تعريفها في اكلها وانفاقها وقال «هي كسائر مالك» ثم اجمعنا علي وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في اباحة اكلها بين وجدانها في الصحراء او في المصر وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر واصحاب الشافعي ليس له أكلها في المصر لانه يمكن بيعها بخلاف الصحراء

ولنا أن ما جاز أكله في الصحراء جاز في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال هي لك ولم يستفصل ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الانفاق عليها وهذا في المصر أشد منه في الصحراء (الثاني) تركها والانفاق عليها من ماله ولا يتملكها فان تركها ولم ينفق عليها ضمنها لانه فرط فيها وان أنفق عليها متبرعا لم يرجع على صاحبها فان أنفق بنية الرجوع علي صاحبها واشهد على ذلك رجع عليه بما أنفق في إحدى الروايتين نص عليه احمد في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعاً وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها فجاء ربها فانه يغرم له ما أنفق وذلك أنه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كمؤنة تجفيف الرطب والعنب، (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره ويفارق العنب والرطب فانه قد يكون تجفيفه والانفاق عليه أحظ لصاحبه لان النفقة عليه لا تتكرر والحيوان يتكرر الانفاق عليه فربما استغرق ثمنه فكان بيعه واكله احظ فلذلك لم يرجع

أخذ العين وارش نقصها لان جميعها مضمون اذا تلفت فكذلك اذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف وأما من قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمنه إياها حتى يتملكها وحكمها قبل تملكه اياها حكمها قبل مضي حول التعريف ، ومن قال لا تملك اللقطة بحال لم يضمنه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وابو مجلز والحارث العكلي ومالك وابو يوسف قالوا لا يضمن وإن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه ، وقال داود اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها

وحكي ابن ابي موسى عن احمد انه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي ﷺ انه قال « فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » فجعله مباحا . وقوله في حديث أبي ابن كعب فان جاء من يعرفها والا فهي كسبيل مالك . وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » وروي فهي لك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبي ﷺ « فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وقال الاثرم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل مارواه « ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه » لانها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر الى مال

المنفق عليها بما انفق (الثالث) بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها وله ان يتولى ذلك بنفسه وقال بعض اصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام

ولنا انه اذا جاز له ا كلها من غير اذن فبيعها أولى ولم يذكر اصحابنا لها تعريفا في هذه المواضع وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيان التعريف فيما سواها فاستغني بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط تعريفها كالمطعوم واذا أراد بيعها او أكلها لزمه حفظ صفتها لحديث زيد بن خالد وسنذكره ان شاء الله

(فصل) واذا اكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة فيه فانها لا تنتقل من الذمة في المال المعزول ولو عزل شيئا ثم افلس كان صاحب اللقطة اسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول فأما ان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها اخذه ولم يشاركه فيه احد من الغرماء لانه عين ماله ولا شيء للمفلس فيه فهو كالوديعة

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني) ما يخشى فساده فيخير بين بيعه وأكله ان كان مما لا يمكن تجفيفه كالفاكهة التي لا تجفف والطبيخ والبطيخ والخضروات فهو مخير بين ا كله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز ابقاؤه لانه يتلف

غيره ، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لانها تتبع في الرد بالعيب والاقالة فتبعت ههنا ، وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط لانه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كنماء المبيع اذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد اذا استرجع أبوه ماوهب له بعد زيادته والصحيح أن الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما أن في مسئلتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان وثم لاضمان عليه فأمكن أن لايكون الخراج له والله أعلم

ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لان الاصل براءة ذمته مما حلف عليه

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت في ملكه وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج اذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على مانذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا أخذ اللقطة ثم ردها الى موضعها ضمنها . روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي

فان تركه حتي تلف ضمنه لانه فرط في حفظه فهو كالوديعة فان أكله ثبتت القيمة في ذمته على ماذكرنا في الشاة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وله ان يتولى بيعه بنفسه وقال اصحاب الشافعي ليس له بيعه الا باذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لانه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير اذنه لانه مال معصوم لاولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير الملتقط

ولنا انه مال ابيح للملتقط اكله فأبيح له بيعه كماله ومتي اراد بيعه او أكله حفظ صفاته ثم عرفه عاماً على مانذكره فان تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط او نقص أو تلفت العين او نقصت من غير تفريط فلا ضمان عليه وان تلف او نقص بتفريطه او تلفت اللقطة بتفريطه فعليه ضمانه وكذلك ان تلف بعد تملكه او نقص وان كان مما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب فينظر مافيه الحظ لمالكه فان كان في التجفيف فعله ولم يكن له الا ذلك لانه مال غيره فلزمه مافيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم

﴿ مسئلة ﴾ (وغرامة التجفيف منه وله بيع بعضه في ذلك)

لانه موضع حاجة فان انفق من ماله رجع به لان النفقة ههنا لاتتكرر بخلاف نفقة الحيوان فانها تتكرر فربما استوعبت قيمته فلا يكون لصاحبه حظ في امساكها الا باسقاط النفقة وان كان الحظ في بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام الرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين اكله كالطبيخ وإن كان اكله انفع لصاحبه فله اكله ايضاً قال شيخنا ويقتضي قول اصحابنا ان العروض لاتملك بالتعريف وان هذا كله لايجوز له اكله لكن يخير بين

وقال مالك لاضمان عليه لما روى الاثرم عن القعنبي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر انه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته ، ولنا روي عن جرير ابن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فاذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة ولانها لما حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لاتحل ، فأما مالا يحل التقاطه اذا أخذه فيحتمل أن له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ويحتمل أن لايبرأ من ضمانه برده فانه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده الى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه فعلى هذا لايبرأ الا برده إلى الامام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الامام فاذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لاحجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه انما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره

(فصل) وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فأشبهت الوديعة فان التقطها آخر فعرف انهـا ضاعت من الاول فعليه ردها اليـه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياع فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم

الصدقة به وبين بيعه وقد قال احمد فيمن وجد في منزله طعاما لايعرفه : يعرفه مالم يخش فساده فان خشي فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك واصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم «خذها فانما هي لك اولاخيك اوللذئب» وهذا تجويز للاكل فاذا جاز أكل ماهو محفوظ بنفسه فما يفسد ببقائه اولى وعن احمد انه يبيع اليسير ويرفع الكثير الى الحاكم لان الكثير مال لغيره لم يأذن له في بيعه فيكون امره الى الحاكم واما اليسير فتدخله المسامحة ويشق رفعه الى السلطان وربما تضيع عند السلطان

﴿مسئلة﴾ (الثالث) سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع بالنداء عليه في مجامع الناس كالاسواق وابواب المساجد في اوقات الصلوات حولا كاملا من ضاع منه شيء او نفقة واجرة المنادي عليه)

وجملة ذلك ان في التعريف فصولا ستة في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه ومن يتولاه وكيفيته اما وجوبه فهو واجب على كل ملتقط سواء اراد تملكها أو حفظها لصاحبها الا في اليسير الذي لاتتبعه النفس وقد ذكرناه وقال الشافعي لايجب على من اراد حفظها لصاحبها

ولنا ان النبي ﷺ امر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ولان حفظها لصاحبها انما فائدته ايصالها اليه وطريقه التعريف اما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ولان امساكها

على حق التملك واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستنيب له في التعريف ويملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين (أحدهما) يملكها لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لايملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلمه بها ويشبه هذا المتحجر في الموات اذا سبقه غيره الى ماحجره فأحياه بغير اذنه ، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي للصياد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) فتكون لآخذها، فان باعها الصياد ولم يعلم فوجدها المشتري في بطنها فهي للصياد نص عليه أحمد لانه اذا لم يعلم مافي بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم

من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها او القائها في غيره ولانه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان بقاءها في مكانها اذا اقرب الى وصولها الى صاحبها اما ان يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها واما بان يأخذها من يعرفها واخذ هذا لها يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ولان التعريف واجب على من اراد تملكها وكذلك من اراد حفظها فان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم ان يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل) الثاني في قدر التعريف وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي ومالك والشافعي واصحاب الرأي وروي عن عمر رواية اخرى يعرفها ثلاثة اشهر وعنه ثلاثة اعوام لان ابي ابن كعب روي ان النبي ﷺ امره بتعريف مائة الدينار ثلاثة اعوام وقال ابو ايوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة ايام الى سبعة ايام وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة ايام وقال الثوري في الدرهم يعرفه اربعة ايام وقال اسحق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها وروي ابو اسحق الجوزجاني باسناده عن يعلى بن امية قال : قال رسول الله ﷺ من التقط درهما او حبلا او شبه ذلك فليعرفه ثلاثة ايام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة ايام

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ امره بعام واحد ولان السنة لاتتأخر عنها

يدخل في البيع كمن باع داراً له مال مدفون فيها، وإن وجد في بطنها عنبرة أو شيئا مما يكون في البحر فهو للصياد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة ، وإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لان ذلك لايخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فيكون لقطة كما لو وجده في البحر ، وكذلك الحكم في الدرة اذا كان فيها أثر لآدمي مثل أن تكون مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما فانها تكون لقطة لايملكها الصياد لانها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار ، وكذلك الحكم في العنبرة اذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالتفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لايخلق عليه في البحر فهي لقطة ، وإن وجدها الصياد فعليه تعريفها لانه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لانه واجدها ولاحاجة الى البداية بالبائع فانه لايحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره فأما ان اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لانه يحتمل أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به كقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالا مدفونا ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ماوجد في بطنها من ذلك فهو لقطة درة كانت أو غيرها لان ذلك لايكون إلا في البحر بحكم العادة ، ويحتمل أن تكون الدرة للصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها)

القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدرا كمدة أجل العنين فاما حديث ابي فقد قال الراوي لاادري ثلاثة اعوام او عام واحد قال ابو داود شك الراوي في ذلك وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وابي أصح منه وأولى اذا ثبت هذا فانا يجب ان تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية لان النبي ﷺ امر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا لان صاحبها في الغالب انما يطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار مجمع الناس وملتقاهم بخلاف الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والاسبوع لان الطالب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا وقد روى الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار فجئت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة ايام على باب المسجد ثم امسكها حتى قرن السنة ولا يقدمن ركب الا انشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شانك بها

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وابواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المقصود اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد ولان المسجد لم يبن لهذا وروى

(فصل) وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لانه يمكن أن يكون البحر ألقاها والاصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد . وقد روى سعيد قال حدثنا اسماعيل بن عياش عن معاوية ابن عمرو العبدي قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز فكتب الينا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها ، وإن باعوكها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها باثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها الى عمر بن عبد العزيز فلم يلبث الا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك دليل على أنه كان مملوكا ، وقال احمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة الذي حازها والشبكة يعرفها ويدفعها الى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الاباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فاخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فهي لقطة يعرفها . وقال احمد في رجل انتهى الى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخلصه وذبحه: هو لصاحب الاحبولة وما كان من الصيد في الاحبولة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو صقراً أو عقابا، وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومرّ في

أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال « من سمع رجلا ينشد ضالته في المسجد فليقل لا ردها الله عليك فان المساجد لم تبن لهذا » وامر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس) في كيفية تعريفها فيذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب او فضة او او دراهم او دنانير او ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لواجد الذهب قل الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة من يسمعها للمالك في ذلك ولانه لا يأمن ان يدعيها من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها فتفوت على مالكها

(الفصل السادس) فيمن يتولى تعريفها وللملتقط تولي ذلك بنفسه وان يستنيب فيه فان وجد متبرعا بذلك والا استأجر والاجرة على الملتقط وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي واختار ابو الخطاب انه ان قصد حفظها لمالكها دون تملكها رجع بالاجرة عليه وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة ايصالها الى مالكها فكان على مالكها كمؤنة تجفيفها واجرة مخزنها

ولنا ان هذا اجر واجب على المعرف ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له اجر على صاحبها فكذلك

الارض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يرده على صاحبه قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يرده على صاحبه فجعل هذا لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ماوقع في الحبولة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الحبولة ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود مايدل على الملك فيه مثل وجود السير في رجله واثار التعلم مثل استجابته الذي يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد مايدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لان الاصل عدم الملك فيه واباحته

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال ابو عبدالله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها ، انما قال ذلك لان سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة ، ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة وكانت مما لا تشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه فلاحاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فاذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يتصدق به على ما ذكرنا

إذا استأجر عليه ولانه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك ان اعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منهـا شيئـا لمن حفظهـا وقد ذكرنا الدليل على ذلك

(فصل) اذا أخر التعريف عن الحول الاول مع امكانه اثم لان النبي ﷺ امر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض ابن حمار « لا تكتم ولا تغيب » ولان ذلك وسيلة الى ان لا يعرف صاحبها لان الظاهر انه بعد الحول يسلو عنها وييأس فيترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن احمد لان حكمة التعريف لا تحصل بعده فان تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج ان لا يسقط التعريف بتأخيره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولان التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نعت من القصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « اذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا اذا أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول لان شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ولذلك لو ترك التعريف في بعض الحول الاول لا يملكها بالتعريف بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو اختل بعض الطهارة في الصلاة فأما إن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه كالمريض والمحبوس او لنسيان ونحوه ففيه وجهان (احدهما) حكمه

(الثاني) أن يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له باذلا إياها له عوضا عما أخذه فصار كالمبيح له أخذها بلسانه فصار كمن قهر انسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما

(الثالث) أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على انسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فههنا مع رضاء من عليه الحق بأخذه أولى ، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب انما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيرا من المأخوذة او مثلها وهي مما تشتبه بها فينبغي أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف ففيها الاوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فأنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لايزيد عليها لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعاوضة بها، وإذا قلنا إنه يدفعها الى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم

(فصل) قال احمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فان جاء صاحبها غرمها له وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها فاما من لم يستوف

حكم من تركه لغير عذر لان تعريفه في الحول الاول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه سواء انتفي لعذر او لغيره والثاني يملكها بالتعريف في الحول الثاني لانه لم يؤخره عن وقت امكانه اشبه تعريفها في الحول الاول

﴿ مسألة ﴾ فان لم تعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكما كالميراث نص عليه احمد في رواية الجماعة وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله والا كانت كسائر ماله وعند ابي الخطاب لاتدخل ملكه حتى يختار واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال قوم يملكها بالنية ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت ملكها ومنهم من قال لايملكها الا بقوله والتصرف فيها لان هذا تملك بعوض فلم يحصل الا باختيار المتملك كالقرض

ولنا قول النبي ﷺ «فان جاء صاحبها والا فهي كسائر مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظ «كلها» وهذه الالفاظ كلها تدل على ماقلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب للتملك فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكما كالاحياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان الملتقط ليس البسه

دينه فان كان قد أذن له في بيعها باعها واستوفى دينه من ثمنها وتصدق بالباقي وان لم يكن أذن له في بيعها رفعها الى الحاكم ليبيعها ويقبضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه

(فصل) نقل الفضل بن زياد عن احمد إذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل واحد منهم أنا دفنته بين كل واحد منهما ماالذي دفن فكل من أصاب الوصف فهو له وذلك لان ماوجد في الارض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولان المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه أحدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فان كان في الجيش فقال أحمد يعرفها سنة في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم ولانه قد لايمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله أعلم يتمم التعريف في دار الاسلام فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل أن تكون لاحدهم فاذا قفل اتم التعريف في دار الاسلام فاما ان كان دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم لان أموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام ، وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا أخذ منها شيئا ، وان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمته ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف لان الظاهر أنها من أموالهم وأموالهم غنيمة

الامباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله عز وجل غير موقوف على اختيار المكلف فأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه فعلى هذا لو التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعا فان قلنا يقف الملك على الاختيار فاختار احدهما دون الآخر ملك المختار نصفها وحده

(فصل) فان رأياها معاً فأخذها أحدهما وحده أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لآخذها لان استحقاقها بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وان قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها لنفسه فهي له دون الآمر وان أخذها الآمر فهي له كالو وكله في الاصطياد له

(فصل) ومتى عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها غنياً كان أو فقيراً روي ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي واسحق وابن المنذر وروي عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة نحو ذلك،وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي: يتصدق بها فاذا جاء صاحبها خير بين الاجر والغرم لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولا» وروي ثلاثة أحوال « فان جاء ربها والا تصدق بها فاذا جاء ربها فرضي بالاجر والا غرمها » ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يتملكها الا أن أبا حنيفة قال له ذلك ان كان فقيراً من غير ذوي القربى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجملة ذلك أن الملتقط اذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف ، فان مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث فان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه فلم يضمنها كالوديعة ، وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأي من رأى أنها لاتدخل في ملكه حتى يتملكها وقد مضى الكلام في ذلك فاما ان لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الخرقي أن صاحبها غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده لان الاصل بقاؤها ، ويحتمل أن لايلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا نشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لانها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها والاصل براءة ذمته منها ، وإن مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى مابعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له الا بدلها فلم قلتم انها اذا انتقلت الى الوارث بملك صاحبها أخذها؟ قلنا لان الوارث خليفة الموروث وإنما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتا لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعا مشروطا بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فانهما يملكان ملكا مستقراً

لما روي عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أوذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول فأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهباً لاحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنفقها » وفي لفظ « وإلا فهي كسائر مالك » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فانتفع بها » وفي لفظ « فشأنك بها » في حديث أبي بن كعب وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح ولان من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جازله الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يعتمد عليه ولا به ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف الى الله تعالى لا يتملكه الا من يستحق الصدقة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والابق وغيرهما جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا والاصل في ذلك قول الله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم . وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا فجعلوا لهم قطيع شياه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ فسألوا النبي ﷺ فقال « وما أدراك انها رقية؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم » رواه البخاري ولان الحاجة تدعو الى ذلك فان العمل قد يكون مجهولا كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردهما وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل لانها غير لازمة بخلاف الاجارة ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افتقرت الى تقدير مدة والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ولان الجائزة لكل واحد منهما تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة . اذا ثبت هذا فاذا قال من رد علي ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا القميص أو بنى لي هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منهما الرجوع فيه قبل حصول العمل لكن إن رجع الجاعل قبل التلبس

لها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

﴿ مسئلة ﴾ (وعن أحمد لا يملك الا الأثمان وهو ظاهر المذهب وهل له الصدقة بغيرها؟ على روايتين)

كما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثماناً كان أو غيرها وهو ظاهر كلام الخرقي ونقل ذلك عن أحمد فروى عنه محمد بن الحكم في الصياد يقع في شبكته الكيس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبها وإلا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس وقال ابن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف بعد ذلك حكم الاثمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالأثمان قال شيخنا ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الاثمان والعروض في ذلك وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف قال القاضي نص عليه أحمد في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبدا وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول والصدقة بها؟ على روايتين (احداهما) يجوز كما تجوز الصدقة بالغصوب التي لا يعرف أربابها (والثانية) لا يجوز لانه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها وقال الخلال كل من روى عن أحمد روى عنه أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي روي عنه أنه يعرفها أبدا

بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجع بعد التلبس به فعليه للعامل أجرة مثله لانه انما عمل بعوض فلم يسلم له ، وإن فسخ العامل قبل اتمام العمل فلا شيء له لانه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ويصير كعامل المضاربة واذا فسخ قبل ظهور الربح ولا بد أن يكون العوض معلوما والفرق بينه وبين العمل من وجهين

(أحدهما) أن الحاجة تدعو الى كون العمل مجهولا بان لايعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة الى جهالة العوض

(والثاني) أن العمل لايصير لازما فلم يجب كونه معلوما والعوض يصير لازما باتمام العمل فوجب كونه معلوما ، ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض اذا كانت الجهالة لاتمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضالتي فله ثلثها فان أحمد قال اذا قال الامير في الغزو من جاء بعشرة رءوس فله رأس جاز وقالوا اذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة أو طريق سهل وكان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا كجارية يعينها العامل فتخرج ههنا مثله فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجها واحداً ، وان كان العمل معلوما مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو خاط قميصي هذا فله كذا صح لأنه اذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وان علقه بمدة معلومة فقال من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار ، أو من خاط قميصي هذا في اليوم فله درهم صح لان المدة إذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى فان قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لايجوز في الاجارة فكيف أجزتموه في الجعالة؟ قلنا الفرق بينهما من وجوه (أحدها) أن الجعالة يحتمل فيها الغرر وتجوز

قول قديم رجع عنه واحتجوا بانه قد روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل ولان الخبر ورد في الأثمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فثمنها لا يقوم مقامها من كل وجه

ولنا عموم الاحاديث في اللقطة فان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « فشأنك بها — أو — فانتفع بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطة » وهو لفظ عام وقد روى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما ثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق المعتاد أو في قرية مسكونة؟ قال « عرفه سنة فان جاء صاحبه والا فشأنك به » وروينا ان سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فان عرفت والا فهي لك زاد الجوزجاني فلم تعرف فلقيه بها العام فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك ورواه النسائي وهذا نص في غير الأثمان وروى الجوزجاني باسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة اذ جاءه رجل فقال اني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية يوم

جهالة العمل والمدة بخلاف الاجارة . (الثاني) أن الجعالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر بخلاف الاجارة فانها عقد لازم فاذا دخل فيهـا مع الغرر لزمه ذلك . (الثالث) . أن الاجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها فاذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة فان قلنـا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه ، وان قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل ، فان انقضت المدة قبل عمله فألزمناه اتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليهـا ، وان قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسئلتنا فان العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ان أتى به فيهـا استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وان لم يف به فيها فلا شيء له إذا ثبت هذا فانمـا يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك لانه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالاجر في الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه فيقول له ان رددت عبدي فلك دينار فلا يستحق الجعل من يرده سواه ، ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عبدي فله دينار فمن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لواحد في رده شيئاً معلوما ولآخر أكثر منه أو أقل ويجوز أن يجعل المتعين عوضا ولسائر الناس عوضا آخر لانه يجوز أن يكون الاجر في الاجارة مختلفا مع التساوي في العمل فههنا أولى فان قال من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم اثلاثا لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالاجر في الاجارة فان قيل أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينار كاملا فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامناً متى جاء صاحبه دفعت اليه ثمنه وان لم يجيء له طالب فهو لك ان شئت ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثمان وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطـة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالأثمان وقياسها على الابل لا يصح لان معهـا حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيهـا ربهـا ولا يوجد ذلك في غـيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا تملك وههنـا يجوز التقاطها فملك به كالاثمان وقولهم ان النص خاص في الاثمان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه وان ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد رويناه في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأثمان ثم لو اختص الخبر بالأثمان لوجب أن يقاس عليها ما في معناها كسائر النصوص التي عقل في معناها ووجـد غيرها وههنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه بل المعنى ههنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق البينة، بيانه أن الأثمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائما هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس وفي إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظ لماليتها على صاحبها بدفع

قلنا لان كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملا وههنا لم يرده واحد منهم كاملا انما اشتركوا فيه فاشتركوا في عوضه فنظير مسئلة الدخول ما لو قال من رد عبدا من عبيدي فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ونظير مسئلة الرد ما لو قال من نقب السور فله دينار فنقب ثلاثة نقبا واحداً فان جعل لواحد في ردها دينارا ولآخر دينارين ولثالث ثلاثة فرده الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ماجعل له لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فان جعل لواحد دينارا ولآخرين عوضا مجهولا فردوه معا فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما، وان جعل لواحد شيئا في ردها فردها هو وآخران معه وقالا رددنا معاونة له استحق جميع الجعل ولا شيء لهما وإن قالا رددناه لنأخذ العوض لانفسنا فلا شيء لهما وله ثلث الجعل لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجعل ولم يستحق الآخران شيئا لأنهما عملا من غير جعل وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا

(فصل) وان قال من رد عبدي من بلد كذا فله دينار فرده انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجعل لانه عمل نصف العمل، وكذلك لو قال من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لانه رد نصف العبدين، وان رد العبد من غير البلد المسمى فلا شيء له لانه لم يجعل في رده منه شيئا فأشبه ما لو جعل في رد أحد عبديه شيئا فرد الآخر، ولو قال من رد عبدي فله دينار فرده انسان الى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئا لانه شرط الجعل برده ولم يرده وكذلك لو مات كما لو استأجر لخياطة ثوب فخاطه ولم يسلمه حتى تلف لم يستحق أجرة فان قيل فان كان الجاعل قال من وجد لقطتي فله دينار فمتى وجد الوجدان؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد وانما اكتفى بذكر الوجدان لانه سبب الرد فصار كأنه قال من وجد لقطتي فردها علي

قيمتها اليه ونفع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه ولان في اثبات الملك حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للآدمي وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلف من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد فتضيع وما ذكره في الفرق ملغي في الشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الفرع والاصل ثم نقلب دليلهم فنقول لقطة لا تملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك اذا كان في الحل وما لا يباح لا يملك كالابل

﴿مسئلة﴾ (وعن احمد أن لقطة الحرم لا تملك بحال)

المشهور عن أحمد وفي المذهب أن لقطة الحرم والحل سواء وهو ظاهر كلام الخرقي روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وابي حنيفة وروي عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتمليك ويجوز لحفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبو عبيد وعن الشافعي

(فصل) والجعالة تساوي الاجارة في اعتبار العلم بالعوض وما كان عوضاً في الاجارة جاز أن يكون عوضا في الجعالة وما لا فلا ، وفي ان ماجاز أخذ العوض عليه في الاجارة من الاعمال جاز أخذه عليه في الجعالة وما لا يجوز أخذ الاجرة عليه في الاجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القربة مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه فان كان مما يتعدى نفعه كالاذان والاقامة والحج ففيه وجهان كالروايتين في الاجارة ويفارق الاجارة في انه عقد جائز وهي لازمة وانه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فعلى هذا متى شرط عوضا مجهولا كقوله إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عوضا محرما كالخمر والحر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثلثه أو من رد عبدي فله أحدهما فرده إنسان استحق أجر المثل لانه عمل عملا بعوض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الاجارة

(فصل) ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملا غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضا لانعلم في هذا خلافا لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة فلا يستحق مع عدمها كالعمل في الاجارة فان اختلفا في الجعل فقال جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكره المالك فالقول قوله مع يمينه لان الاصل معه ، وان اتفقا على العوض واختلفا في قدره فالقول قول المالك لان الاصل عدم الزائد المختلف فيه ولان القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة ، ويحتمل أن يتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والاجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الاجر ، فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال جعلت لك الجعل على ردها من

كالمذهبين لقول النبي ﷺ في مكة «لا تحل ساقطتها الا لمنشد» متفق عليه والمنشد المعرف قاله أبو عبيد والناشد الطالب وينشد * اصاخة الناشد للمنشد *

فيكون معناه لا تحل لقطة مكة الا لمن يعرفها لانها خصت بهذا من بين سائر البلدان وروى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها، ووجه الرواية الاولى عموم الاحاديث، ولانه أحد الحرمين أشبه حرم المدينة ولانها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الا لمنشد» يحتمل أنه يريد الا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكيدها لقوله عليه السلام «ضالة المؤمن حرق النار» وضالة الذمي مقيسة عليها والله أعلم

(فصل) ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها ووكاءها وقدرها وجنسها وصفتها ، ويستحب ذلك عند وجدانها والاشهاد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد « اعرف وكاءها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي ابن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال « عرفها حولا » فعرفتها حولا فلم تعرف فرجعت اليه فقال اعرف «عددها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء

حاب فقال بل على ردها من حمص ، وان اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقال رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه قال بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده فالقول قول المالك لانه أعلم بشرطه ولانه ادعي عليه شرطا في هذا العقد فأنكره والاصل عدم الشرط

(فصل) أما العبد الآبق فانه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي وقد روي عن أحمد انه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور سئل أحمد عن جعل الآبق فقال لا أدري قد تكلم الناس فيه لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الخرقي فانه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ، ولم يذكر جعلا وهذا قول النخعي والشافعي وابن المنذر لانه عمل لغيره عملا من غير أن يشرط له عوضا لم يستحق شيئا كما لو رد جمله الشارد

ووجه الرواية الاولى ماروى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق إذا جاء به خارجا من الحرم ديناراً وأيضا فانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفا فكان إجماعا . ولان في شرط الجعل في ردهم حثا على رد الاباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغي أن يكون مشروعا لهذه المصلحة ، وبهذا فارق رد الشارد فانه لا يفضي إلى ذلك . والرواية الاخرى أقرب إلى المصلحة لان الاصل عدم الوجوب ،

ربها فأدها اليه » ففي هذا الحديث أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها بعين التقاطها قبل تعريفها وهو الاولى ليحصل عنده علم ذلك فمتى جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فدفعها اليه وان أخر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها جاز لأن المقصود يحصل حينئذ فان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء طالبها ولذلك ان خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لابي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر ايجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط أمر استحباب ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها وان كانت ثياباً عرف لفافتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر ؟ أنشوطة أو غيرها ؟ ويعرف صمام القارورة الذي يدخل رأسها وعفاصها الذي يلبسه ويستحب ان يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها . فظاهر هذا انه مستحب غير واجب وانه لا ضمان عليه اذا لم يشهد وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يضمنها اذا لم يشهد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولو كان واجباً لبينه

والخبر المروي في هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الاجماع فيه ولا القياس فانه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضا فانه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم . فأما على الرواية الاولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل فروي عن أحمد انه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر وان رده من خارجه ففيه روايتان (إحداهما) يلزمه دينار أو اثني عشر درهما للخبر المروي فيه ولان ذلك يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما (والثانية) له أربعون درهما إن رده من خارج المصر اختارها الخلال وهو قول ابن مسعود وشريح فروى أبو عمرو الشيباني قال قلت لعبد الله بن مسعود : اني أصبت عبيداً أباقا فقال لك أجر وغنيمة ، فقلت هذا الاجر فما الغنيمة ؟ قال من كل رأس أربعين درهما

وقال ابو إسحاق أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما . وهذا يدل على انه مستفيض في العصر الاول . قال الخلال : حديث ابن مسعود أصح إسناداً . وروي عن عمر بن عبد العزيز انه قال إذا وجده على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير . وقال أبو حنيفة إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وان كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي تعنى اليه . ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة ان كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما لئلا يفوت عليه العبد جميعه

ولنا عموم الدليل ولانه جعل يستحق في رد الآبق فاستحقه وان زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ويستحقه ان مات سيده في تركته وبهذا قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ان كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجعل

فانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيما وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الاستحباب ولانه أخذ أمانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فانه اذا حفظها وعرفها لم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه من الطمع فيها وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمائه ان أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها كما قلنا في التعريف لكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع . قال أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا أشهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ، ولكن يقول قد أصبت لقطة ، ولا يستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت له مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الانسان عرضة النسيان

﴿ مسئلة ﴾ (فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها اليه بنمائها المتصل وزيادتها المنفصلة لمالكها قبل الحلول ولو أخذها بعده في أصح الوجهين)

اذا جاء طالب اللقطة فوصفها وجب دفعها اليه بغير بينة سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب . وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا ببينة

ولنا ان هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالاجر في الاجارة وكما لو كان من غير ورثة ، المولى اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الاباق اولم يكن وبهذا قال اصحاب الرأي وقال مالك ان كان معروفا بذلك استحق الجعل والافلا ولنا الخبر والاثر المذكور من غير تفريق ولانه رد آبقا فاستحق الجعل كالمعروف بردهم

(فصل) ويجوز اخذ الآبق لمن وجده وبهذا قال مالك والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان العبد لايؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها فاذا اخذه فهو امانة في يده أن تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة او اعترف العبد انه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك قال مالك واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا وليس للملتقط بيعه ولا تملكه بعد تعريفه لان العبد يتحفظ بنفسه فهو كضوال الابل فان باعه فالبيع فاسد في قول عامة اهل العلم منهم ابو حنيفة والشافعي وان باعه الامام لمصلحة رآها في بيعه فجاء سيده فاعترف انه كان اعتقه قبل منه لانه لايجر الى نفسه بهذا نفعا ولا يدفع عنها ضرراً ويحتمل ان لايقبل لانه ملك لغيره فلا يقبل اقراره في ملك غيره كما لو باعه السيد ثم اقر بعتقه فعلى هذا ليس لسيده اخذ ثمنه لانه يقر انه حر ولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ الى بيت المال لانه لامستحق له فهو كتركة من مات ولا وارث له فان عاد السيد فأنكر العتق وطلب المال دفع اليه لانه مال لامنازع له فيه

(فصل) واذا ابق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر ان فلانا الذي صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان ابق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم الى الحاكم الذي عنده العبد ثبت عندي اباق عبد فلان الذي صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم اليه

ويجوز له دفعها اليه إذا غلب على ظنه صدقه ، وقال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لايستحق بها كالمنصوب

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها اليه» وظاهر الأمر الوجوب ، وفي حديث زيد «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وإن جاء طالبها يوما من الدهر فادها اليه» يعني اذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة ولو كانت شرطاً للدفع لذكرها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأن اقامة البينة على اللقطة تتعذر لانها انما تسقط حال الغفلة فتوقف دفعها على البينة منع لوصولها إلى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تفويت أموال الناس وماهذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم ، والجمع بين هذا القول وبين تفصيل الالتقاط على تركه متناقض لان الالتقاط حينئذ يكون تضيعاً لمال المسلم واتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه

العبد وهذا قول ابي يوسف واحد قولي الشافعي الاان ابا يوسف قال يأخذ به كفيلالان البينة اثبتته بصفاته كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم وقال ابو حنيفة ومحمد لايجب تسليمه لانهم لايشهدون على عينه وانما يشهدون بالصفات وقد تتفق الصفات مع اختلاف الاعيان ويفارق المسلم فيه فان الواجب أقل مايوجد منه الصفة وهو غير معين

ولنا انه يقبل كتاب الحاكم الى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وانما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا هاهنا اذا ثبت وجوب تسليمه فان الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطا ضيقا لايخرج من رأسه ويدفعه الى المدعي او وكيله ليحمله الى الحاكم الكاتب ليشهد الشهود على عينه فان شهدوا بعينه سلم الى مدعيه وان لم يشهدوا وجب رده الي الحاكم الاول ويكون في ضمان الذي أخذه لانه اخذه بغير استحقاق

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان التقطها قبل ذلك فردها لملة الجعل لم يجز له أخذه)

انما كان كذلك لانه اذا التقطها قبل ان يبلغه الجعل فقد التقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير جعل جعل فلا يستحق شيئا كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئا وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل فانه انما بذل منافعه بعوض جعل له فاستحقه كالاجير اذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطه لها بعد الجعل اوقبله لماذكرنا ولا يستحق اخذ الجعل بردها لان الرد واجب عليه من غير عوض فلم يجز اخذ العوض عن الواجب كسائر الواجبات، وانما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له اخذه عوضا عن الالتقاط المباح اذا ثبت هذا فان ملتقطها قبل ان يبلغه الجعل لايستحق شيئا سواء ردها لملة الجعل او لغيره لانه اذا لم يستحقه مع قصده اياه وعمله من أجله فلان لايستحقه مع عدم

الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما فكيف يكون فاضلا، وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي » يعني اذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكر ههنا على ان البينة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بينة مدعي اللقطة وصفها فاذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فان النزاع ثم في كونه مغصوباً والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج الى البينة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد يرجح صدقه فينبغي أن يدفع اليه .

(فصل) ويدفعها اليه بزيادتها المتصلة والمنفصلة اذا كان قبل الحول لانها ملكه فان وجدها زائدة بعد الحول أخذها بزيادتها المتصلة لانها تتبع في الرد بالعيب والاقالة فتبعت ههنا وان حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط لانه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كنماء المبيع اذا رد بعيب

ذلك اولى ، وانما ذكر الخرقي ردها لعلة الجعل ان شاء الله لينبه به على عدم استحقاقه فيما اذا ردها لغير علته ولان الحاجة انما تدعو الى معرفة الحكم فيمن يريد الجعل أما من تركه ولا يريده فلا يقع التنازع فيه غالبا والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الذي وجد اللقطة سفيها او طفلا قام وليه بتعريفها فان تمت السنة ضمها الى مال واجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولان هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب وان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه لانه اخذ ماله أخذه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها واذا أخذها الولي عرفها لان واجدها ليس من أهل التعريف فاذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا أن أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لهما يتملكه لهما والا فلا وقال بعضهم يتملكه لهما بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال أحمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر فان

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر أنه يكون لصاحب اللقطة بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته المنفصلة والصحيح ان الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهما ان الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما انه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون الزيادة له ليكون الخراج بالضمان وثم لاضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه اذا كانت اللقطة قد استهلكت في يد الملتقط لانه غارم

﴿مسئلة﴾ (وإن تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها وبعده يضمنها)

لأنها أمانة في يده الا أن تكون تلفت أو نقصت بتفريطه كالوديعة وان أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن مثلية، قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا

وجد صاحبها دفعها اليه والا تصدق بها، قد مضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال أجل التعريف، قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف اذا لم يجد صاحبها أيتصدق بمال الغير ؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها فانه لا يملكها وان عرفها فيما بعد ذلك ، لان التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه اذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها الى منزله فضاعت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها، وان لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلا قليلا، قال القاضي معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها

(فصل) فاذا وجد العبد لقطة فله أخذها بغير اذن سيده ويصح التقاطه، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يصح التقاطه لان اللقطة في الحول الاول أمانة وولاية وفي الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك

ولنا عموم الخبر، ولان الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالاحتطاب والاصطياد، ولان من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر ، وقولهم ان العبد ليس من أهل الولايات والامانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا ، وقولهم ان العبد لا يملك ممنوع وان سلمنا فانه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ولان الالتقاط تخليص مال من الهلاك فجاز من العبد بغير اذن سيده كانقاذ المال الغريق والمغصوب، اذا ثبت هذا فان التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده ان تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن وان تلفت بتفريطه أو اتلافه وجب ضمانها في رقبته كسائر جناياته، وان عرفها صح تعريفه لان له قولا صحيحاً فصح تعريفه كالحر فاذا تم حول التعريف

وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لانها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة بعد الحول أخذ العين وارش النقص لأن جميعها مضمون اذا تلف فكذلك ارش نقصها، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف، فاما من قال لا يملكها إلا باختياره لم يضمنه اياها حتى يتملكها وحكمها قبل ذلك كحكمها قبل مضي حول التعريف ، ومن قال لا يملك اللقطة بحال لم يضمنه اياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن ، وان ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه وقال داود اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها وحكى ابن أبي موسى عن احمد انه لوح إلى مثل هذا القول لحديث عياض عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فان جاء ربها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء » وقوله في حديث أبي بن كعب « فان جاء من يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك » وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » وروي « فهي لك » ولم يأمره برد بدلها .

ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده وان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فاذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملا وان كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه فان اختار السيد اقرارها في يد عبده نظرت فان كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعيناً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده ثم ردها اليه لان يد العبد كيده وما يستحق بها فهو لسيده، وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فعرفها وأدى الامانة فيها فتلفت في الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لانها لم تتلف بتفريط من أحدهما وان لم يؤد الامانة فيها وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعاً لأن التفريط حصل منهما جميعاً

(فصل) والمكاتب كالحر في اللقطة لان المال له في الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه فان عجز عاد عبدا وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على مامر بيانه، وام الولد والمعلق عتقه بصفة والمدبر كالقن، ومن نصفه حر اذا التقط شيئا ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه وهي بينهما في حول التعريف كالحرين التقطا لقطة، وإن كان بينهما مهايأة ففيها وجهان (أحدهما) لا تدخل في المهايأة لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما (والثاني) تدخل في المهايأة لانها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه فان وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركا بين اثنين فلقطته بينهما على ماذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه » قال الاثرم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل ما رواه ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه ولانها عين يلزمه ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر الى مال غيره

(فصل) فان وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوها لم يكن له أخذها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحاً لانه ملكها فان صادفها وقد عادت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذها كالزوج اذا طلق

(فصـل) والذمي في الالتقاط كالمسلم ومن أصحاب الشافعي من قال ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالحش والاحتطاب وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطهما مع عدم الامانة . اذا ثبت هذا فانه ان عرف اللقطة حولا ملكها كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم اليه مشرفا عدلا يشرف عليه ويعرفها لاننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل لانه غير مأمون عليها

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة لانه يعرض نفسه للامانة وليس هو من أهلها فان التقط صح التقاطه لانها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولانه اذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى فاذا التقطها فعرفها حولا ملكها كالعدل ، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفا يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي لانه لا نأمنه عليها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر ينزعها من يده ويضعها في يد عدل

ولنا أن من خلي بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد عدل فاذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها لان سبب الملك وجد منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة)

يعني أنه يباح أخذها والتقاطها وحكمها اذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده هذا الصحيح من مذهب احمد وقول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب

قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين ذكره أبو الخطاب)

لانهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما ، والوجه الثاني أنه يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف وسلمت اليه ذكره القاضي وهكذا إن أقاما بينتين وهذا الوجه أشبه باصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانهما تداعيا عيناً في يد غيرهما وتساويا في البينة أو عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان فقال هي لاحدكما لا أعرف عينه ، وفارق ما إذا كانت في أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه

وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها، فما لا يمتنع منها كفصلان الابل وعجول البقر وافلاء الخيل والدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطه ويروى عن احمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها . وقال الليث ابن سعد لا أحب أن يقربها الا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لا يؤوي الضالة الا ضال » ولأنه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عن الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » متفق عليه ، ولانه يخشى عليه التلف والضياع فأشبه لقطة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به والقياس على الابل لا يصح فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين مافرق الشارع بينهما ولا قياس ماأمر بالتقاطه على مامنع ذلك منه . اذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة ، وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكلها ، وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك او لأخيك او للذئب » والذئب لايكون في المصر

ولنا ان النبي ﷺ قال « خذها » ولم يفرق ولم يستفصل ولو افترق الحال لسأل او استفصل ولانها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر اللقطات ، وقولهم إن الذئب لا يكون الا في الصحراء قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر .اذا ثبت هذا فانه متى عرفها حولا كاملا ملكها وذكر القاضي وأبو الخطاب عن احمد رواية أخرى أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لاخيك » فأضافها اليه بلام التمليك ولأنها يباح التقاطها فملكت بالتعريف كالاثمان ولان ذلك اجماع حكاه ابن عبد البر .

﴿ مسئلة ﴾ (فان أقام آخر بينة أنها له قدم لان البينة أقوى من الوصف فان كان الواصف قد أخذها ردت إلى صاحب البينة لانا تبينا أنها له ، فان كانت قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف والدافع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء اذا قلنا بوجوب الدفع عليه لانه فعل ما أمر به ولم يفرط وهو أمين فلم يضمن كما لو دفعها بامر الحاكم ولانه اذا كان الدفع واجباً عليه يأثم بتركه فكأنه دفع بغير اختياره فلم يضمن كما لو أخذت منه كرهاً ، ووجه الاول أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الي غير مالكها اذا غلب على ظنه أنه مالكها .

(مسئلة) (الا أن يدفعها بحكم الحاكم فلا يملك صاحبها مطالبته)

لانها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده وإن ضمن الدافع رجع على الواصف لانه كان سبب تغريمه الا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف

(فصل) ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (أكلها في الحال) وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع المخوف عليها له أكلها، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يستأني بأكلها ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الانفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها إذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص وفي إبقائها تضييع للمال بالانفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى، ومتى أراد أكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم إلا مالكا فانه قال كلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي ﷺ «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرما وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرف ولا يغرم، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله، وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمرو «رد على أخيك ضالته» دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولأنها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب وقول النبي ﷺ «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد أذن في لقطة الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها وانفاقها، وقال هي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر، وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر ليس له أكلها في المصر لانه يمكنه بيعها بخلاف الصحراء

ولنا أن ما جاز أكله في الصحراء أبيح في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال: «هي لك» ولم يفرق ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الانفاق عليها، وهذا في المصر

أنها له فانه لا يرجع عليه لانه أقر انه مالكها ومستحقها وان صاحب البينة ظالمه بتضمينه فلا يرجع على غير ظالمه، وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجع على الواصف بما غرمه وليس لمالكها تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم يستحق شيئاً لان الاول استحقها لوصفه اياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها في يده كسائر ماله.

(فصل) ولو جاء مدعي اللقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لانها أمانة فلم يجز دفعها الى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة، فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بها بينة لزم الدافع غرامتها له لانه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين آخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها

أشد منه في الصحراء (الثاني) أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يتملكها، وان أحب أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالكها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين :

(احداهما) يرجع به نص عليه في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم فقضي أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعا ، وقضي عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربها بانه يغرم له ما أنفق وذلك لانه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كمؤنة الرطب والعنب (والرواية الثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع كما لو بنى داره ، ويفارق العنب والرطب فانه ربما كان تجفيفه والانفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لان النفقة لا تتكرر والحيوان يتكرر الانفاق عليه فربما استغرق قيمته فكان بيعه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق .

(الثالث) أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير اذن فبيعها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فانه ﷺ قال « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالمطعوم .

(فصل) اذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة في ذلك فانها لا تنتقل

فللملتقط مطالبة آخذها لانه لا يأمن مجيء صاحبها فيغرمه إياها ولانها أمانة في يده فلك الاخذ من غاصبها كالوديعة .

(فصل) فان كان الملتقط قد مات واللقطة موجودة قام وارثه مقامه في تعريفها أو اتمامه ان مات قبل اتمام الحول ويملكها بعد إتمام التعريف وان مات بعد تمام الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث وان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها ان كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك فان ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمضي الحول، وان علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريط فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تفريط فلم يضمنها كالوديعة وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها بغير تفريط عند من يرى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها أو أنها لا تملك بحال وقد

من الذمة الى المال المعزول ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول وان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لأنه عين ماله لا شيء للمفلس فيه .

(فصل وإذا التقط ما لا يبقى عاما فذلك نوعان (أحدهما) ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والفاكهة التي لا تجفف والخضراوات فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاؤه لانه يتلف فان تركه حتى تلف فهو من ضمانه لانه فرط في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعة، فان أكله ثبتت القيمة في ذمته على ماذكرناه في لقطة الغنم وإن باعه وحفظ ثمنه جاز وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى بيعه بنفسه ، وعن أحمد له بيع اليسير وان كان كثيراً دفعه إلى السلطان . وقال أصحاب الشافعي ليس له بيعه إلا باذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لانه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لانه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير اللقطة

ولنا أنه مال ابيح للملتقط أكله فابيح له بيعه كماله ولانه مال ابيح له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كماله. اذا ثبت هذا فانه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاما فاذا جاء صاحبه فان كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه اليه وإن كان قد أكله او اكل ثمنه غرمه له بقيمته يوم أكله وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه اونقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريطه فلا ضمان على الملتقط ، وان تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه وكذلك ان تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمنه (النوع الثاني) ما يمكن ابقاؤه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر مافيه الحظ لصاحبه فان كان في التجفيف جففه ولم يكن له الا ذلك لانه مال غيره فلزمه مافيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم ، وان احتاج في التجفيف الى غرامة باع بعضه في ذلك ، وان كان الحظ في بيعه باعه

مضى الكلام في ذلك،فأما ان لم يعلم تلفها ولا وجدت في تركته فظاهر كلام الخرقي أنه غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها لانه يحتمل أن تكون قد تلفت بغير تفريط فلا تشتغل ذمته بالشك ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت امانة عنده ولم تعلم خيانته فيها والأصل براءة ذمته منها وان مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه .فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط إياها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم انها إذا انتقلت الى الوارث يملك صاحبها أخذها؟قلنا لان الوارث خليفة المورث وانما ثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعى مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فانهما يملكان ملكا مستقراً

وحفظ ثمنه كالطعام والرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالبطيخ ، وان كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضا لان الحظ فيه، ويقتضي قول أصحابنا ان العروض لاتملك بالتعريف ان هذا كله لايجوز له أكله لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه ، وقد قال احمد فيمن يجد في منزله طعاما لايعرفه يعرفه مالم يخش فساده فان خشي فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » وهذا تجويز للأكل فاذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لايجوز التقاطه ولا التعرض له سواء كان لكبر جثته كالابل والخيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيود أو بنابه كالكلاب والفهود ؟ وقال عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي مخطيء وبهذا قال الشافعي والاوزاعي وأبو عبيد ، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في القرى عرفها ، ومن وجدها في الصحراء لايقربها ، ورواه المزني عن الشافعي ، وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضي الايام الثلاثة ، وقال أبو حنيفة في لفظ يباح التقاطها لانها لقطة أشبهت الغنم

ولنا قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها « مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسئل رسول الله ﷺ فقيل يارسول الله انا نصيب هوامي الابل قال « ضالة المسلم

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله [ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً يأمن نفسه عليها] وقيل يضم الى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها)

اذا التقط الغني لقطة وعرفها حولا ملكها كالفقير روي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة وعلي وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة وبه قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة ليس له أن يتملكها الا أن يكون فقيراً من غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي ان النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يتملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الخلال وقال ليس هذا مذهبا لاحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنفقها ـ وفي لفظ ـ فشأنك بها ـ وفي لفظ ـ والا فهي كسبيل مالك » ولان من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط

حرق النار » وروي عن جرير بن عبدالله أنه أمر بطارد بقرة لحقت ببقره حتى توارت ، وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يؤوي الضالة إلا ضال » رواه ابو داود بمعناه ، وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر؟ على أن الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها أضيع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الاثمان فان الدينار دينار حيثما كان

(فصل) والبقر كالابل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد ، وحكي عن مالك ان البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تمتنع عن صغار السباع وتجزيء في الاضحية والهدي عن سبعة فاشبهت الابل وكذلك الحكم في الخيل والبغال فأما الحمر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لايجوز التقاطه لان لها اجساما عظيمة فأشبهت البغال والخيل ولانها من الدواب فاشبهت البغال،والاولى الحاقها بالشاة لان النبي صلى الله عليه وسلم علل الابل بان معها حذاءها وسقاءها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ماتوعي في بطونها منه وتوتها على وروده وفي اباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب اياها بقوله «هي لك أو لأخيك أو للذئب» والحمر مساوية للشاة في علتها فانها لاتمتنع من الذئب ،ومفارقة للابل في علتها فانها لاصبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال مابقي من مدته إلا ظمأ حمار . وإلحاق الشيء بماساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من إلحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة ، فأما غير الحيوان فما كان منه يتحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم أخذه بل أولى منه لان الابل تتعرض

ملك به بعد التعريف كالفقير ودعواهم في حديث عياض ان مايضاف الى الله تعالى لا يتملكه الامن يستحق الصدقة لا دليل عليه وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى ملكا وخلقاً قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) ويملك الذمي بالالتقاط كالمسلم وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنه نوع اكتساب فكان من أهله كالاحتشاش والاحتطاب وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطهما مع عدم الامانة ومتى عرف اللقطة حولا ملكها كالمسلم،وان علم بها الحاكم أقرها في يده وضم اليه مشرفا عدلاً يشرف عليه ويعرفها لاننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمن أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يدي عدل لانه غير مأمون عليها

في الجملة للتلف اما بالاسد واما بالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ، ولان هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فاذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى

(فصل) فان أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إما ما كان أو غيره لانه أخذ ملك غيره بغير اذنه ولا أذن الشارع له فهو كالغاصب فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : يبرأ لان عمر رضي الله عنه قال ارسله في الموضع الذي أصبته فيه ، وجرير طرد البقرة التي لحقت بقره

ولنا أن مالزمه ضمانه لايزول عنه إلا برده الى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمغصوب ، وأما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه انما لحقت بالبقر فطردها عنها فأشبه ما لو دخلت داره فأخرجها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها ، وإن أخذها لزمه ضمانها الدفعها إلى الامام أو نائبه زال عنه الضمان لان له نظراً في ضوال الناس بدليل ان له أخذها فكان نائبا عن أصحابها فيها

(فصل) وللامام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها لان عمر رضي الله عنه حمى موضعاً يقال له النقيع لخيل المجاهدين والضوال . ولان للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولانه إذا

(فصل) ويصح التقاط الفاسق لانها جهة من جهات الكسب فصح التقاطه كالعدل ولانه اذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى الا أن الاولى له ألا يأخذها لانه يعرض نفسه للأمانة وليس من أهلها واذا التقطها فعرفها حولا ملكها كالعدل، وان علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفا يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال في الآخر ينزعها من يده ويدعها في يد عدل

ولنا أن من خلي بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه فأما ان لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد العدل فاذا عرفها ملكها الملتقط لوجود سبب الملك منه

(مسئلة) (وان وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها فاذا عرفها فهي لواجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والمجنون اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولانه نوع تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب فان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتلف به حقه فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها، ويعرفها الولي اذا أخذها لان واجدها ليس من اهل التعريف فاذا انقضت مدة

عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ولا يكتفى فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلا على مالكه لها ، ولان الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره فلم يكن ذلك دليلا ويمكنه اقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بمالكه اياها

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لاولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولاصحابه وجه ان له أخذها لحفظها قياسا على الامام، ولا يصح لان النبي ﷺ منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، وان وجدها في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها ان تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كوادي التيم أو في برية لا ماء بها ولا مرعى فالاولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على آخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو حريق ، فاذا حصلت في يده سلمها الى نائب الامام وبرىء من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها

(فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها ويسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حمى ترعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك ، وان رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حمى

التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب التملك تم بشرطه فثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا ان أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لهما يملكه لهما وإلا فلا وقال بعضهم يتملكه لهم بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له .

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال احمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر فان وجد صاحبها دفعها إليه والا تصدق بها قد مضى اجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال اجل التعريف قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء اجل التعريف إذا لم يجد صاحبها أيتصدق بمال الغير؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها الاول فانه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك لكون التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها ييأس منها ويترك طلبها ، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر فهو كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا فيه وجهين فيما تقدم ، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها إلى

باعها بعد أن يحليها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ للمال لان تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها

(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح وإسحاق الا أن يكون تركها ليرجع اليها أو ضلت منه ، وقال مالك هي لمالكها الاول ويغرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي لمالكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لانه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع لانه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كما لو بنى داره

ولنا ماروى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحياها فهي له » قال عبد الله بن عبد الرحمن فقلت — يعني للشعبي — من حدثك بهذا ؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه ابو داود باسناده . وفي لفظ عن الشعبي عن النبي ﷺ انه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياها » ولان في الحكم بملكها احياءها وانقاذها من الهلاك وحفظا للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولانه نبذ رغبة عنه وعجزا عن أخذه فملكه آخذه كالساقط من السنبل وسائر ماينبذه الناس رغبة عنه

(فصل) وإن ترك متاعا فخلصه انسان لم يملكه لانه لاحرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فان الحيوان يموت اذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع

منزله فضاعت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها فان لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلا قليلا قال القاضي هذا محمول على أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها

(مسئلة) (وإن التقطها عبد فاسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها ان كان عدلا فان لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه فان أتلفها قبل الحول فهي في رقبته وان أتلفها بعده فهي في ذمته)

يصح التقاط العبد بغير اذن سيده وبه قال أبو حنيفة والشافعي في احد قوليه وقال في الآخر لا يصح التقاطه لان اللقطة في الحول الاول امانة وولاية وفي الثاني تملك والعبد ليس من اهل الولايات ولا التملك.

ولنا عموم الخبر ولان الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالاصطياد والاحتطاب ولان من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر قولهم ان العبد ليس من أهل الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا ، وقولهم ان العبد لا يملك ممنوع وان سلمنا فانه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتسابات ولان الالتقاط تخليص مال من الهلاك فجاز من العبد بغير اذن سيده كانقاذ المال الغريق والمغصوب. اذا ثبت هذا فان اللقطة تكون أمانة في يد العبد ان تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن فان عرفها صح تعريفه لان له قولا

اليه صاحبه ، وإن كان المتروك عبدا لم يملك بأخذه لان العبد في العادة يمكنه التخلص إلى الاماكن التي يعيش فيها بخلاف البهيمة وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخليص المتاع نص عليه وكذلك في العبد على قياسه

قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على انه جعل له ذلك او أمره به ، فأما ان لم يجعل له شيئاً فلا جعل له لانه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام احمد فانه لو جعل له جعلا لاستحقه ولم يجعل له أجر المثل ويفارق هذا الملتقط فان الملتقط لا يخلص اللقطة من الهلاك ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها وههنا ان لم يخرجه هذا ضاع وهلك ولم يرجع اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ للاموال من غير مضرة فجاز ذلك كالجعل في الآبق، ولان اللقطة جعل فيها الشارع ما يحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجيء صاحبها فاكتفى به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث على تخليصه بطريق الاولى وليس الا الاجر ، فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولا سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث بن سعد وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال وما نضب عنه الماء فهو لاهله ، وقال ابن المنذر يرده على أصحابه ولا جعل له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم ، ويقتضي قول الامام ابي عبد الله أن لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرنا ووجه ما ذكرنا

صحيحاً فصح تعريفه كالحر فاذا تم حول التعريف ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده فان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فان انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا وان كان العبد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه وللسيد اقرارها في يد العبد ان كان أميناً ويكون مستعيناً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، فان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده وردها لان يد العبد كيده وما يستحق بها لسيده وان أعتق العبد بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه ويسلمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان، فان أتلفها العبد في الحول الاول فهي في رقبته كجناياته وكذلك ان تلفت بتفريطه وان أتلفها بعده فهي في ذمته ان قلنا ان العبد يملكها بعد التعريف وان قلنا لا يملكها فهو كما لو أتلفها في حول التعريف ويصلح ان ينبني ذلك على استدانة العبد هل تتعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين وقد مر ذكره في الحجر

﴿ مسئلة ﴾ (والمكاتب كالحر في اللقطة) لان المال له في الحال واكتسابه له دون سيده وهي من اكتسابه فان عجز عاد عبداً وصار حكمه في لقطته حكم العبد ، وام الولد والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن ومن بعضه حر اذا التقط لقطة فهي بينه وبين سيده اذا لم يكن بينهما مهايأة كالحرين اذا

من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي ألقوه رغبة عنه، ولان فيما ذكروه تحقيقاً لاتلافه فلم يجز كمباشرته بالاتلاف، فأما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذي أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق فان الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر إلى التخليص ليخصله، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضى له بالاجر كجعل رد الآبق

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبداً صغيراً أو جارية ان قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التملك بالتعريف عنده اقتراض والجارية عنده لا تملك بالقرض وهذه المسئلة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته، فان كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره لان الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه سيده والله أعلم

التقطا لقطة وان كان بينهما مهايأة لم تدخل في المهايأة في احد الوجهين لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم يدخل في المهايأة كالارث. فعلى هذا يكون بينهما والثاني يدخل في المهايأة لانها من كسبه اشبهت سائر اكسابه فيكون لمن يوجد في يومه وكذلك الحكم في الهدية والوصية وسائر الا كساب النادرة فيها الوجهان، فان كان العبد بين اثنين شركة فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر والله اعلم .

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول كقولهم قتيل وجريح وطريح، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان فيه احياء نفسه فكان واجبا كاطعامه اذا اضطر وانجائه من الغرق، ووجوبه على الكفاية اذا قام به واحد سقط عن الباقين ، فان تركه الجماعة أثموا كلهم اذا علموا فتركوه مع امكان أخذه . وروي عن سنين أبي جميلة(١) قال وجدت ملفوفا فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر أكذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته . رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي (ص) وشهد عام الفتح روي عنه الزهري وزيد بن أسلم سئل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبتاً ولم يكن بالمشهور عنده

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم الا النخعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . روينا هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي

باب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ واللقيط بمعنى الملقوط كالقتيل والجريح والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كاطعامه إذا اضطر وانجائه من الغرق، وهو من فروض الكفايات إذا قام به من يكفي سقط عن الباقين ، وإن تركه الجماعة أثموا كلهم إذا تركوه مع امكان أخذه ، وقد روي عن سنين أبي جميلة قال : وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر : أكذلك هو؟ قال نعم قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا وقال وعلينا رضاعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وهو حر) اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روي هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم وقال النخعي : ان التقطه للحسبة فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وهذا قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فان الاصل في الآدميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وانما الرق لعارض فاذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل

والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي ان التقطه للحسبة فهو حر وان كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فان الاصل في الآدميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وانما الرق لعارض فاذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل

(فصل) ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الاسلام أو في دار الكفر فأما دار الاسلام فضربان (أحدهما) دار اختطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة فلقيط هذه محكوم باسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تغليبا للاسلام ولظاهر الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (الثاني) دار فتحها المسلمون كمدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم واحد حكم باسلام لقيطها لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للاسلام وإن لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام انما يكون مع الاحتمال ،

وأما بلد الكفار فضربان أيضاً (أحدهما) بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل فهذا كالقسم الذي قبله ان كان فيه مسلم واحد حكم باسلام اللقيط وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي يحكم باسلامه أيضاً لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لاحاجة به الى كتم إيمانه في دار الاسلام ، وإن كان في بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله بالجزية فهذا كالقسم الثاني من دار الاسلام

(مسئلة) (ينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه ما ينفق عليه)

إذا لم يوجد مع اللقيط شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط، كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية فالالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط، وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ولك ولاؤه، وعلينا نفقته ، وفي رواية : من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فكانت نفقته عليه كقرابته ومولاه . فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أوكان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئاً فعلى من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الانفاق عليه هلاكه ، وحفظه من ذلك واجب كانقاذه من الغرق وهو فرض كفاية ، ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره، وإن لم يتبرع أحد بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه اذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي، فان أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً بالرجوع

(الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلا كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم ، وان كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم باسلامه تغليباً للاسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار والاكثر وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل اذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد ان غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين قال اذا وجد لقيط في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ماحكموا به انه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي

(فصل) وفي الموضع الذي حكمنا باسلامه انما يثبت ذلك ظاهراً لا يقينا لانه يحتمل أن يكون ولد كافر فلو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكمنا له به واذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم باسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجها أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه مظلم لان دليل الاسلام وجد عريا عن المعارض وثبت حكمه واستقر فلم يجز إزالة حكمه بقوله كما لو كان ابن مسلم ، وقوله لا دلالة فيه أصلا لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ماكان دينه وانما يقول هذا من تلقاء نفسه. فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثا فان تاب والا قتل ؛ فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف كفراً يقر أهله عليه بالجزية

عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا أشهد عليه بحلف ما أنفق احتسابا فان حلف استسعى ، وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر لا يرجع بشيء لانه أنفق عليه من غير اذنه ولا اذن وليه ولا اذن الحاكم فلم يرجع بشيء كما لو تبرع به .

ولنا أنه أداء مال وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه .

(مسئلة) (ويحكم باسلامه إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافراً فان كان فيه مسلم فعلى وجهين) .

إذا وجد اللقيط في دار الاسلام فهو محكوم باسلامه وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للاسلام ولظاهر الدار ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى ودار الاسلام قسمان :

(أحدهما) ما اختطه المسلمون كبغداد والبصرة فلقيطها محكوم باسلامه على ما ذكرنا

(الثاني) دار فتحها المسلمون كمدائن الشام فهذه أن كان فيها مسلم حكم باسلام لقيطها لانه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للاسلام وان لم يكن فيها مسلم بل كان أهلها أهل ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال. فاما بلد الكفار فضربان أحدهما بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل

عقدت له الذمة فان امتنع من التزامها أو وصف كفراً لا يقر أهله عليه الحق بأمنه، وهذا بعيد جداً فان هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلماً باسلام سابيه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلما ، قال احمد في أمة نصرانية ولدت من فجور ولدها مسلم لان أبويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه الا أمه واذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب

(فصل) اذ جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المال لان ميراثه له ونفقته عليه وان جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها غير حكم اللقيط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتى يوسر ، وإن جني عليه في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال لانه وارثه وان كان عمداً محضاً فالامام مخير بين استيفاء القصاص ان رآه احظ للاقيط والعفو على مال وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وابو حنيفة الا انه يخيره بين القصاص والمصالحة وذلك لقول النبي ﷺ « فالسلطان ولي من لا ولي له » وان جني عليه فيما دون النفس جناية توجب الارش قبل بلوغه فلوليه اخذ الارش وان كانت عمداً موجبة القصاص واللقيط مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقتص او يعفو سواء كان عاقلا او معتوها وان لم يكن له

فهذا كالقسم الذي قبله وان كان فيه مسلم حكم باسلام لقيطه وان لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي يحكم باسلامه أيضاً لانه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الاسلام (الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلا كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم ففيه وجهان (أحدهما) يحكم باسلامه تغليباً للاسلام والثاني يحكم بكفره تغليباً للدار والأكثر وهذا التفصيل مذهب الشافعي وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أنه يجب غسله ودفنه في مقابر المسلمين وقد منعوا أن يدفن اطفال المشركين في مقابر المسلمين قال وإذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي .

(مسئلة) (وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال في جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له، وان كان مدفوناً تحته أو مطروحا قريباً منه فعلى وجهين)

وجملة ذلك أن ما وجد مع اللقيط فهو له ينفق عليه منه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لان الطفل يملك وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ومن له ملك

مال وكان عاقلا انتظر بلوغه ايضا وان كان معتوها فللولي العفو على مال يأخذه له لان المعتوه ليست له حال معلومة منتظرة فان ذلك قد يدوم به والعاقل له حال منتظرة فانتظرت وفي الحال التي ينتظر بلوغه فان الجاني يحبس حتى يبلغ اللقيط فيستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد رواية اخرى ان للامام استيفاء القصاص له وهو مذهب ابي حنيفة لانه احد نوعي القصاص فكان للامام استيفاؤه عن اللقيط كالقصاص في النفس

ولنا انه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على قوله كما لو كان بالغا غائبا، وفارق القصاص في النفس فان القصاص ليس هو له انما هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) وان قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لانه حر، وان قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لانه محكوم بحريته فان ادعى القاذف انه عبد فصدقه اللقيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ليس بمحصن وان كذبه اللقيط وقال اني حر فالقول قوله لانه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك او جبنا عليه حد الحر اذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وان كان الجاني حرا ويحتمل ان يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة ماقاله بان يكون ابن امة فيكون ذلك شبهة والحد يندرىء بالشبهات، وفارق القصاص له اذا ادعى الجاني عليه انه عبد لان القصاص ليس بحد وانما وجب حقا لآدمي ولذلك جازت المصالحة عنه واخذ بدله بخلاف حد القذف، ويتخرج

صحيح فله يد صحيحة كالبالغ . إذا ثبت هذا فكل ماكان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ماكان لابساً له أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه أو تحته أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم والثياب التي تحته والتي عليه، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو دار فهي له وأما المنفصل عنه فان كان بعيداً منه فليس في يده، وان كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له ولان الظاهر أنه ترك له فهو كالذي تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بانه في يده والحمال إذا جلس للاستراحة ترك حمله قريباً منه وهذا أصح، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل إن كان الحفر طريا فهو له وإلا فلا لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكل ما حكمنا بانه ليس له فحكمه حكم اللقطة أو الركاز

(مسئلة) (وأولى الناس بحضانته واجده إن كان أميناً لان عمر رضي الله عنه اقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ « من

من هذا ان اللقيط اذا كان قاذفا فادعى انه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه ذلك والاول اصح لان كل من كان محكوما بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه

﴿مسئلة﴾ قال (وينفق عليه من بيت المال ان لم يوجد معه شيء ينفق عليه)

وجملته ان اللقيط اذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قوله عامة اهل العلم وقال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد وذلك لان اسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية والالتقاط انما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث ابي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته وفي رواية من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه او كان في مكان لا امام فيه او لم يعط شيئا فعلى من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الانفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كانقاذه من الغرق، وهذا فرض كفاية اذا قام به

سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» وهل يجب الاشهاد عليه؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع

(مسئلة) (وله الانفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا باذنه)

وجملة ذلك أنه ينفق على اللقيط مما وجد معه وما حكم له به فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبه غيره من الناس وللملتقط الانفاق عليه منه بغير اذن الحاكم ذكره ابن حامد لانه وليه فلم يعتبر في الانفاق عليه إذن الحاكم كولي اليتيم ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب فقال تقوم امرأته الى الحاكم حتى يأمره بالانفاق عليهم فلم يجعل له الانفاق من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه ولان الانفاق على الصبي من مال الله مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه وذلك لا يقبل

قوم سقط عن الباقين فان تركه الكل أثموا ومن انفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره وان لم يتبرع بالانفاق عليه فانفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه اذا أيسر وكان ذلك بامر الحاكم لزم اللقيط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وان انفق بغير امر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا اشهد عليه وقال عمر بن عبد العزيز يحلف ما انفق احتسابا فان حلف استسعى وقال الشعبي ومالك والثوري، والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به

ولنا انه ادى ماوجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه وقد ذكرنا حكم هذا الاصل في موضعه

(فصل) فاما ان وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الطفل يملك وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكه له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لابساً له أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحته والتي

فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط، ومتى لم يجد حاكما فله الانفاق بكل حال لانه حال ضرورة وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن حاكم في موضع يجد حاكما وان أنفق ضمنه بمنزلة مالوكان لأبي الصغير وديعة عند إنسان فأنفق عليه منها وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة فان لم يجد حاكما ففي جواز الانفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس، به وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ماقاسوا عليه. اذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق وينبغي أن ينفق، عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الانفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(مسئلة) (فان كان الملتقط فاسقاً لم تقر في يده وهو قول الشافعي) لان حفظه للولاية عليه ولا ولاية لفاسق وظاهر كلام الخرقي أنه يقر في يده لقوله وان لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به لئلا يدعي رقه، فعلى قوله ينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لاننا إذا

عليه ، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له ، وأما المنفصل عنه فان كان بعيداً منه فليس في يده ، وان كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له وهو أصح لان الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ماهو تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده ، والجال اذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل ان كان الحفر طريا فهو له والا فلا لان الظاهر أنه اذا كان طريا فواضع اللقيط حفره ، واذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكلما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة وما هو له أنفق عليه منه فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبه غيره من الناس . اذا ثبت هذا فان للملتقط الانفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره ابو عبدالله بن حامد لانه ولي له فلم يعتبر في الانفاق عليه في حقه اذن الحاكم كوصي اليتيم، ولان هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر ، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالانفاق

ضممنا اليه في اللقطة من يشرف عليه فههنا أولى قال القاضي والمذهب أنه ينزع من يده ، ويفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في اللقطة معنى الكسب وليس ههنا إلا الولاية (الثاني) أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها اليه بعد الحول فلذلك احتطنا عليها مع بقائها في يده وههنا لا يرد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحفظ (والثالث) أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بان يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عليه لأنه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ولان اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه في جميع زمانه وقد ذكرنا أن ظاهر قول الخرقي أنه لا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه وسبقه اليه وأمكن حفظه في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيظهر أنه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعاً بين الحقين كاللقطة وكما لو كان الوصي خائناً ، قال شيخنا وما ذكره القاضي من الترجيح للقطه يمكن معارضته بان اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه بخلاف اللقطة فانها خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ويمكن أخذ بعضها وتنقيصها وابدالها بخلاف اللقيط، ولان المال محل الخيانة والنفوس الى أخذه داعية بخلاف النفوس . فعلى هذا متى أراد هذا الملتقط السفر باللقيط منع منه لانه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

عليهم لم يجعل له الانفاق عليهم من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه، ولان الانفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط ، ومتى لم يجد حاكما فله الانفاق بكل حال لانه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما ، وان أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لابي الصغير وديعة عند انسان فأنفق عليه منه وذلك لانه لا ولاية له على ماله وانما له حق الحضانة وان لم يجد حاكما ففي جواز الانفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه. فاذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق، فاذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الانفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(فصل) فان كان الملتقط مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا خيانة أقر اللقيط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام لان الاصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض فان أراد السفر بلقيطه ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يديه وهو مذهب الشافعي لانه لم تتحقق أمانته فلا تؤمن الخيانة منه فيه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر اللقيط في يده حضراً وسفراً لانه مأمون اذا كان سفره لغير النقلة

﴿مسئلة﴾ (فان كان الملتقط رقيقاً لم يقر في يده)

وجملته أنه ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ اذا وجد من يلتقطه سواه لان منافعه مملوكة لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا باذنه ولانه لا يثبت على اللقيط الا الولاية ولا ولاية لعبد فان التقطه لم يقر في يده الا باذن السيد فان أذن له أقر في يده لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه سيده وسلمه اليه، قال ابن عقيل اذا أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه السيد والحكم في الامة كالحكم في العبد، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواه وجب التقاطه لانه تخليص له

﴿ مسئلة ﴾ قال (وولاؤه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فان اللقيط حر الاصل ولا ولاء عليه ، وانما يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لامالك له ولانهم يرثون مال من لاوارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط ، وقول الخرقي وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاء في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث هذا هو الظاهر وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح وإسحاق عليه الولاء لملتقطه لما روى واثلة بن الاسقع قال : قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » أخرجه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال عمر لابي جميلة في لقطته هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

ولنا قول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كالمعروف نسبه ولانه إن كان ابن حرين فلا ولاء عليه وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقها ، وحديث واثلة لايثبت قاله ابن المنذر ، وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجهول لاتقوم بحديثه حجة . ويحتمل أن عمر رضي الله عنه عنى بقوله : لك ولاؤه . أي لك ولايته والقيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه انه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية اليه لكونه مأمونا عليه

من الهلاك فهو كتخليصه من الغرق، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه الا أن يأذن له سيده في ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (أو كافراً واللقيط مسلم)

ليس للكافر التقاط من حكم باسلامه لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يعلمه الكفر بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده فان التقطه لم يقر في يده فان كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

﴿ مسئلة ﴾ (أو بدويا ينتقل في المواضع ففيه وجهان)

(أحدهما) أنه يقر في يده لان الظاهر أنه ابن بدويين واقراره في يد ملتقطه أرجى لكشف نسبه (والثاني) يؤخذ منه فيدفع الى صاحب قرية لانه أرفه له وأخف عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وجده في الحضر وأراد نقله الى البادية لم يقر في يده لوجهين)

(أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له (والثاني) أنه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور اهله واعترافهم به

﴿ مسئلة ﴾ (وان التقطه في البادية مقيم في حلة أقر في يده لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء الى الرفاهية والدعة والدين

دون الميراث. إذا ثبت هذا فان حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى بيت المال اذا لم يكن له وارث فان كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وان كانت له بنت أوذو رحم كبنت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به)

وجملة ذلك ان الملتقط ان كان امينا أقر اللقيط في يده لان عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لايجب كما لايجب الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح ، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع ، فأما ان كان غير أمين فظاهر كلام الخرقي انه يقر في يديه ويمنع من السفر به لئلا يدعي رقه ويبيعه ، وينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لاننا اذا ضممنا اليه في اللقطة من يشرف عليه فههنا أولى ، وقال القاضي : المذهب انه ينزع من يديه وهذا قول الشافعي لانه ليس في حفظ اللقيط الا الولاية ولا ولاية لفاسق وفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان في اللقطة معنى الكسب و ليس ههنا الا الولاية

﴿ مسئلة ﴾ (وان التقطه في الحضر من يريد نقله الى بلد آخر للاقامة فيه لم يجز في أحد الوجهين)

لان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يده قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كالمنتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر وفارق المنتقل به الى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر والحاضر على المسافر فان استويا وتشاحا اقرع بينهما)

اذا التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون أحدهما ممن يقر في يده كالمسلم العدل الحر والآخر لا يقر في يديه كالكافر اذا كان الملتقط مسلما والفاسق والعبد اذا لم يأذن له سيده فانه يسلم الى من يقر في يده دون شريكه كمن التقطه وحده ولان الشريك لو التقطه وحده لم يسلم اليه فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط كان أولى بالتسليم اليه واقراره في يده (والثاني) أن يكونا جميعاً ممن لايقر في يدي واحد منهما فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما (الثالث)أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد الا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر بأن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل وكذلك إن كان أحدهما مقيما والآخر مسافرا لانه أرفق بالطفل

(فصل) وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي

(والثاني) أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها اليه بعد الحول فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه وههنا لا ترد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحوط [والثالث] أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل الى الاستظهار عليه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ، ولان اللقطة انما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه في جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الخرقي فلا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه اياه وسبقه اليه وأمكن حفظ اللقيط في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيعرف انه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين كما في اللقطة وكما لو كان الوصي خائنا ، وما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأن اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه واللقطة مستورة خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ، ولان اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وابدالها ولا يتمكن من ذلك في اللقيط ولان المال محل الخيانة والنفوس الى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه لانه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

(فصل) واذا التقط اللقيط من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام ولان

هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك

ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له لانه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الانفاق وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل له بيساره مع كفره وعندهم يقدم الكافر وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لان حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ،فان تساويا وتشاحا أقرع بينهما واذا تساويا في الاوصاف التي تقتضي تقديم أحدهما على الآخر فرضي أحدهما بتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الايثار به وان تشاحا اقرع بينهما لقوله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة وان تهايآه يوما ويوما أو أكثر أضر بالطفل لاختلاف الاغذية عليه والانس والالف ولا يمكن دفعه الى أحدهما من غير قرعة لان حقهما متساو فتقديم أحدهما بغير قرعة تحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا

الاصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض، فان أراد السفر بلقطته ففيه وجهان [أحدهما] لا يقر في يديه وهذا مذهب الشافعي لانه لم يتحقق أمانته فلم تؤمن الخيانة منه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ،فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره لانه مأمون عليه اذا كان سفره لغير النقلة

(فصل) فان كان سفر الامين باللقيط الى مكان يقيم به نظرنا فان كان التقطه من الحضر فأراد النقلة به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين (أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له (والثاني) انه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به فان أراد النقلة به الى بلد آخر من الحضر ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده ولان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده لان ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كما لو انتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر، وفارق المنتقل به إلى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضر لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين ، وان أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر في

ترجح المرأة ههنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لانها رجحت ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها والاب يحضنه باجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به أما ههنا فهي أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه باجنبية فاستوتا ،ومذهب الشافعي على ما ذكرنا فان كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتمل ترجيح ظاهر العدالة لان المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أتم ويحتمل أن يتساويا لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح

(فصل) فان رأياه جميعاً فسبق اليه أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو احق به لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» فان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الاخذ دون الرؤية فان قال أحدهما لصاحبه ناولنيه فأخذه الآخر نظرنا الى نيته فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وان نوى مناولته فهو للآخر لانه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح

﴿مسألة﴾ (فان اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينة)

لانها أقوى فان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً لان الثاني انما أخذ ما قد ثبت الحق فيه لغيره فان استوى تاريخهما أو اطلقتا أو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى تعارضتا وهل

يديه لان الظاهر أنه ابن بدويين واقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لانه أرفه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فانما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه ممن هو أولى به فان لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه لان اقراره في يديه مع قصوره أولى من اهلاكه، وان لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به اذ لافائدة في نزعه من يده ودفعه الى مثله

(فصل) وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواه لان منافعه لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا باذنه ولانه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية، ولا ولاية لعبد فان التقطه لم يقر في يديه الا أن يأذن له السيد فان أذن له أقر في يديه لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه بيده وسلمه اليه . قال ابن عقيل إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه، والحكم في الامة كالحكم في المكاتب، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواه وجب التقاطه لانه تخليص له من الهلاك فأشبه تخليصه من الغرق، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك

(فصل) وليس لكافر التقاط مسلم لانه لاولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده، فان التقطه لم يقر في يده وان كان الطفل

يسقطان أو يستعملان؛ فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه فهو اولى، ونذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى فان كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته أو تقدم بينة الخارج فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال

(مسئلة) (فان لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد فيكون القول قوله مع يمينه أنه التقطه)

ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي قياس المذهب أنه لايحلف كما في الطلاق والنكاح ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم

(مسئلة) (فان كان في أيديهما أقرع بينهما فيسلم الى من تقع له القرعة مع يمينه)

وعلى قول القاضي لا يشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له

(مسئلة) (فان لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قدم)

نحو ان يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة فيقدم بذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فان دعواه لاتقدم بذلك

ولنا أن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان

محكوما بكفره فله التقاطه لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(فصل) وان التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون ممن يقر في يديه كالمسلم العدل الحر والآخر ممن لا يقر في يديه كالكافر إذا كان اللقيط مسلما والفاسق والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فانه يسلم الى من يقر في يده وتكون مشاركة هؤلاء كعدمها لانه لو التقطه وحده لم يقر في يده فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى (الثاني) أن يكونا جميعا ما لا يقر في يدي واحد منهما فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد الا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل ، وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق ، وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي هما سواء لان الكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك

ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له لانه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الانفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره ، وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لان حظ الطفل عنده أكثر من

مقدما بها، وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لان اللقيط لقطة، وان لم يصفه أحدهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرهما لانه لا حق لهما قال شيخنا والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لانهما تنازعا حقاً في يد غيرهما أشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما

(فصل) قال رحمه الله (وميراث اللقيط وديته ان قتل لبيت المال ان لم يخلف وارثاً، ولا ولاء عليه)

وانما يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لا مالك له ولانهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وقال شريح واسحاق عليه الولاء لملتقطه لقول عمر رضي الله عنه لابي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه ولما روى واثلة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن اعتق» ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كمعروف النسب ولانه لا ولاء عليه ان كان ابن حرين، وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقهما وحديث واثلة لا يثبت قاله ابن المنذر وقال في خبر عمر أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة ، ويحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه عنى بقوله لك ولاؤه ولاية القيام به وحفظه ولذلك ذكره عقيب قول عريفه أنه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية اليه لكونه مأموناً عليه دون الميراث

الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده (الرابع) أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فان رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الايثار به ، وان تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما لانه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة ، وان تهايآه فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لانه تختلف عليه الاغذية والانس والالف ولا يمكن دفعه الى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لان حقهما متساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا ترجح المرأة ههنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لانها رجحت ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها والاب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به ، أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا ، فان كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتمل أن يرجح العدل لان المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أتم ، ويحتمل أن يتساويا لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح

(فصل) وان رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله عليه السلام

إذا ثبت هذا فحكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع الى بيت المال إذا لم يكن له وارث فان كانت له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال كمن عرف نسبه والله أعلم فان قتل خطأ فالدية لبيت المال لان حكمها حكم الميراث وهو لبيت المال كذلك الدية

(مسئلة) (وان قتل عمداً فوليه الامام إن شاء اقتص وان شاء أخذ الدية)

أي ذلك فعل جاز إذا رآه أصلح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر الا أن أبا حنيفة يخيره بين القصاص والمصالحة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فالسلطان ولي من لا ولي له » ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة للمال .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيراً مجنوناً فللامام العفو على مال ينفقه عليه)

إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه فلوليه أخذ الارش وان كانت موجبة للقصاص وله مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقتص أو يعفو سواء كان عاقلا أو معتوهاً وكذلك أن لم يكن له مال وكان عاقلا وان كان معتوهاً فللامام العفو على مال ينفق عليه لان المعتوه ليست له حال معلومة تنتظر لان ذلك قد يدوم به بخلاف العاقل فان له حالة تنتظر ويحبس الجاني في الحال التي ينتظر بلوغه حتى يبلغ ويستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد أن

« من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه فأخذه الآخر نظرنا إلى نيته فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وأن نوى مناولته فهو للآمر لانه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبه مالو توكل له في تحصيل مباح

(فصل) فان اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطته ولا بينة لأحدهما وكان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه انه التقطه ، ذكر ذلك أبو الخطاب وهذا قول الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب انه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح

ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فان كان في يديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلم اليه ، وعلى قول القاضي لا تشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له ، وان لم يكن في يد واحد منهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرهما لانه لاحق لهما ، والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لانهما تنازعا حقا في يد غيرهما فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما فان وصفه أحدهما مثل أن يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة وذكر شيئا في جسده مستوراً فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فانه لا تقدم به دعواه

للامام استيفاء القصاص له قبل بلوغه وهو مذهب أبي حنيفة لانه أحد نوعي القصاص فكان للامام استيفاؤه عن اللقيط كالنفس

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على من هو له كما لو كان بالغا غائبا ، وفارق القصاص في النفس لان القصاص ليس هو له بل هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فهي على بيت المال لان ميراثه له ونفقته عليه وان جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها حكم غير اللقيط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفي منه والا كان في ذمته حتى يوسر وان قذف اللقيط بعد بلوغه محصناً حد ثمانين لانه حر

(مسألة) وان ادعى الجاني عليه أوقاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط)

إذا قذف اللقيط قاذف وهو محصن فعليه الحد فان ادعى القاذف رقه فصدقه اللقيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوطه وان ادعى أنه عبد فصدقه وجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن وان كذبه اللقيط فالقول قوله لانه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً، وان ادعى الجاني رقه وكذبه اللقيط وادعى الحرية أوجبنا له القصاص وان كان الجاني

ولنا أن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ولأن ذلك يدل على قوة يده فكان مقدما بها وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطة أيضا ، وإن كان لأحدهما بينة قدم بها وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا لأن الثاني انما أخذ ممن قد ثبت الحق فيه لغيره وإن استوى تاريخهما أو أطلقتا معا أو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى فقد تعارضتا ، وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه كان أولى ، وسنذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى ، وإن كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال ، وإن كان أحد المتداعيين ممن لا تقر يده على اللقيط أقر في يد الآخر ولم يلتفت الى دعوى من لا يقر في يده بحال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أري القافة فبأيهما ألحقوه لحق)

يعني إذا ادعي نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر فإن كان المدعي رجلا مسلما حرا لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه لأن الاقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال ،

حراً لما ذكرنا ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لأنه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندريء بالشبهات ، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد لأن القصاص ليس بحد وإنما وجب حقاً لآدمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف وإن قلنا ان القذف حق لآدمي فهو كالقصاص ويخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفا فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول أصح لأن من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط لهذا الاحتمال لسقط وإن لم يدع القاذف رقه لأنه موجود وإن لم يدعه .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا ادعى انسان أنه مملوكه لم يقبل الا ببينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار فإن لم يكن له بينة فلا شيء له لأنها دعوى تخالف الظاهر ، وتفارق دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق تخالفه (والثاني) أن دعوى النسب يثبت بها حقاً للقيط ودعوى الرق يثبت بها حقاً عليه فلم تقبل بمجردها كما لو ادعى رق غير اللقيط فإن لم يكن له بينة سقطت الدعوى وإن كانت له بينة فشهدت بالملك أو باليد لم يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل

ثم ان كان المقر به ملتقطه أقر في يديه وان كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لانه قد ثبت انه أبوه فيكون أحق بولده كما لوقامت به بينة ، وان كان المدعي له عبداً لحق به أيضا لان لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لامال له ولا على سيده لان الطفل محكوم بحريته فتكون نفقته في بيت المال ، وان كان المدعي ذميا لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فانه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا انه اقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار بغيره فيثبت اقراره كالمسلم ، اذا ثبت هذا فانه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضانته ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يتبعه في دينه لان كل ما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا ان هذا حكم باسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولانها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه ولانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضراراً به فلم تقبل كدعوى الرق ، اما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو اعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وان كان المدعي امرأة

وامرأتين وان شهدت بالولادة قبل فيه رجل واحد وامرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال ومتى شهدت البينة باليد فان كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لانا عرفنا سبب يده وان كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك ، وان شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا ملكه وان شهد أنه ابن أمته اوأن أمته ولدته ولم يقل في ملكه احتمل ان يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لان أمته ملكه فنماؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت به الملك لانه يجوز ان تلده قبل ملكه اياها فلا يكون له وهو ابن أمته

(فصل) فان كانت الدعوى بعد بلوغ اللقيط كلف إجابته فان انكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم بها فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لان تصرفه كان بغير اذن مالكه .

﴿مسألة﴾ (وان أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل وعنه يقبل وقال القاضي يقبل فيما عليه رواية واحدة وهل يقبل في غيره ؟ على روايتين)

إذا ادعى انسان رق اللقيط بعد بلوغه فصدقه وكان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها وان لم يكن اعترف

امرأة فاختلف عن احمد رحمه الله فروي ان دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها احد الابوين فثبت النسب بدعوتها كالاب ولانه يمكن ان يكون منها كما يكون ولد الرجل بل اكثر لانها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ولان في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما ان الباقي ابنها وان الذي اخذه الذئب ابن الأخري فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للاخري بمجرد الدعوى منها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لايجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به وكذلك اذا ادعي الرجل نسبه لم يلحق بزوجته فان قيل الرجل يمكن ان يكون له ولد من امرأة اخري اومن أمته والمرأة لايحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره قلنا يمكن ان تلد من وطيء شبهة او غيره وان كان الولد يحتمل ان يكون موجود اقبل ان يتزوجها هذا الزوج امكن ان يكون من زوج آخر فان قيل انما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لمافيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة الى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل الحاقها بها دون زوجها تطرق للعار اليه واليها قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعي حقا لامنازع له فيه ولا مضرة على احد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوي المرأة (والرواية الثانية) أنها ان كان لها زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه الى الحاق النسب بزوجها بغير اقراره ولا رضاه اوالى

بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال أقر بالرق فقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق وكاقراره بالحد والقصاص في نفسه فانه يقبل وان تضمن فوات نفسه ويحتمل أن لا يقبل قال شيخنا وهو الصحيح لانه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر بالحرية قبل ذلك ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لانه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلا وهذا قول ابن القاسم وابن المنذر وللشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه خاصة وهذا الذي قاله القاضي وبه قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقا عليه وحقا له فوجب ان يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي الف ولي عنده رهن وفيه وجه آخر أنه يقبل اقراره في الجميع وهو القول الثاني للشافعي لانه يثبت ماعليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لوشهدت امرأة بالولادة ثبتت وثبت النسب تبعاً لها

(فصل) فاما ان أقر بالرق ابتداءا لانسان فصدقه فهو كما لو أقر به جوابا وان كذبه بطل اقراره فان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لايسمع اقراره الثاني لان اقراره الاول يتضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى المقر له فاذا بطل اقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ان امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر وهذا ايضا وجه لاصحاب الشافعي (والرواية الثالثة) نقلها الكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولدا ان كان لها اخوة او نسب معروف لاتصدق الا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه اذا كان لها اهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك اذا لم يكن لها اهل ويحتمل ان لايثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لانها يمكنها اقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا انها أحد الوالدين فاشبهت الاب وإمكان البينة لايمنع قبول القول كالرجل فانه تمكنه البينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي امة فهي كالحرة الا اننا اذا قبلنا دعوتها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لاننا لانقبل الدعوي فيما يضره كما لم نقبل الدعوي في كفره اذا ادعي نسبه كافر

(القسم الثاني) ان يدعي نسبه اثنان فصاعدا والكلام في ذلك في فصول (احدها) انه اذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة المسلم اولى من الذمي والحر اولى من العبد لان على اللقيط ضرراً في الحاقه بالعبد والذمي فكان الحاقه بالحر المسلم اولى كما لو تنازعوا في الحضانة ولنا ان كل واحد لو انفرد صحت دعواه فاذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالاحرار المسلمين

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانيا كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحرية فان الاقرار بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) فاذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر وكان قبل الدخول فسد النكاح في حقه لانه عبد تزوج بغير اذن مواليه ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله وان كان بعد الدخول فسد نكاحه وعليه المهر كله لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر به قبل وولده حر تابع لامه وان كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جناياته يفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفي المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته ولا ينقطع حقها منه باقراره ، وإن قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير اذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى في احدى الروايتين والاخرى خمساه

(فصل) وإن كان اللقيط أنثى وقلنا يقبل فيما عليه خاصة فالنكاح صحيح في حقه فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها أو أنها أمة تزوجت بغير اذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا

وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فاننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل انا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب قال ابن المنذر اذا كان عبد امرأته امة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية انه ابنه من امرأته فاقام العبد بينة بدعواه انه ابنه فهو ابنه في قول ابي ثور وغيره وقال اصحاب الرأي يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك لو كان المدعي من الموالي عبدهم وقولهم هذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في احكام الله ولحوق النسب بهم سواء

(الفصل) الثاني انه اذا ادعاه اثنان فكان لاحدهما به بينة فهو ابنه وان اقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما هاهنا لان استعمالهما في المال اما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل اليه هاهنا واما بالاقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل فان ثبوته هاهنا يكون بالبينة لا بالقرعة وانما القرعة مرجحة قلنا فيلزم انه اذا اشترك رجلان في وطيء امرأة فأتت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطيء لا بالقرعة

(الفصل الثالث) انه اذا لم تكن به بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا فاننا نريه القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فنلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبدالملك والاوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور، وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعا لان الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فان الشبه يوجد بين الاجانب وينفي بين الاقارب ولهذا روي

على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا قل أو كثر لاقرار الزوج بوجوبه، وأما الاولاد فأحرار لا تجب قيمتهم لانها لو وجبت لوجبت بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها فاما إبقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لانا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامة لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في ايجاب حق لم يدخل في العقد عليه فاما الحكم في المستقبل فيمكن ابقاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بان يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فان طلقها اعتدت عدة الحرة لان عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول ويبنيها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لان المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها وان قلنا بقبول قولها في جميع الاحكام فهي أمة تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة تزوجت بغير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل يجب مهر المثل أو المسمى؟ فيه روايتان، وتعتد حيضتين لانه وطيء في نكاح فاسد وأولاده أحرار

عن النبي ﷺ أن رجلا أتاه فقال يارسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود فقال « هل لك من ابل ؟ » قال نعم ، قال « فما ألوانها ؟ » قال حمر ، قال « فهل فيها من أورق ؟ » قال نعم ، قال « أنى أتاها ذلك ؟ » قال لعل عرقا نزع قال « وهذا لعل عرقا نزع » متفق عليه ، قالوا ولو كان الشبه كافيا لا كتفي به في ولد الملاعنة وفيما اذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون

ولنا ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها يوما مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال « ألم تري ان مجززا المدلجي نظر آنفا الى زيد وأسامة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض؟ » متفق عليه فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه ، ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان اجماعا ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملاعنة « أنظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه الا قد كذب عليها، وإن جاءت به أكحل جعداً جماليا سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو للذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فقد حكم به النبي ﷺ للذي أشبهه منهما ، وقوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان، فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي ﷺ في ابن أمة زمعة حين رأى به شبها بينا بعتبة بن أبي وقاص « احتجبي منه ياسودة » فعمل بالشبه في حجب سودة عنه فان قيل فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي ﷺ

لاعتقاده حريتها فهو مغرور عليه قيمتهم يوم الوضع وان مات فليس عليها عدة الوفاة .

(فصل) فان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والاثمان يؤدى مما في يده وما بقي ففي ذمته لان معامله لا يقر برقه وان قلنا بقبول اقراره في جميع الاحكام فسدت عقوده كلها ووجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت تالفة وجبت قيمها في رقبته أو في ذمته على ما ذكرنا في استدانة العبد لانه ثبت برضى صاحبه

(فصل) فان كان قد جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجني عليه او عبداً لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً أو حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته لان ذلك مضر به فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفي منه، وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجني عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجباً للمجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد بالعبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص وان كانت موجبة للمال تقل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساوياً للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده وان كان الواجب يكثر لكونه قيمته عبداً أكثر من ديته حراً لم يجب الا ارش الجناية على الحر وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام وجب

بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك ياعبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر »ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في اقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا انما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ماهو أقوى منه لايوجب الاعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لايوجب ضعفه عن إلحاق النسب فان الحد في الزنا لايثبت الا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدرأ بالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتفائه حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يحتج على نفيه بعدم إقامة الحد ولانه حكم بظن غالب، ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين ، وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت أم سلمة او ترى ذلك المرأة؟ قال « فمن أين يكون الشبه؟ » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً وانما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ولا يجوز تركه من غير دليل ولان ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته فان النسب يحتاط لاثباته ويثبت بأدنى

أرش الجناية على العبد وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حراً سقط عن العاقلة ولم يجب على الجاني لأن اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل اقراره على الجاني فسقط ، وقيل لا يتحول عن العاقلة وعلى قول من قال : يقبل اقراره في الاحكام كلها يوجب الارش على الجاني والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال اني كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد ، وقيل يقبل الا أن يكون قد نطق بالاسلام وهو لا يعقله)

وجملة ذلك أنا في الموضع الذي حكمنا باسلام اللقيط انما ذلك ظاهراً لا يقيناً لاحتمال أن يكون ولد كافرين ولهذا لو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكمنا له به وسنذكر ذلك ،ومتى بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم باسلامه أو كفره ولا يقبل اقراره بالكفر بعد ذلك لانه انكار بعد اقراره فلا يقبل كغيره وان وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه بالدار فهو مرتد لا يقر على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره ، وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه بعيد لأن دليل الاسلام وجد عرياً عن المعارض فثبت حكمه واستقر فلا تجوز ازالة حكمه كما لو كان ابن مسلم ولان قوله لا دلالة فيه أصلا لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه؟ وانما يقول هذا من تلقاء نفسه فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثاً فان تاب والا قتل فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف

دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لاينتفي إلا بأقوى الادلة كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لايثبت به النسب في مسألتنا فان قيل فهنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به، قلنا انما انتفى النسب ههنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحا لأحدهما فانتفت دلالة الاخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله، وتقديم اللعان عليه لايمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها

(فصل) والقافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف، وقيل أكثر مايكون في بني مدلج رهط مجزز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض، وكان إياس بن معاوية المزني قائفا، وكذلك قيل في شريح ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلا مجربا في الاصابة حراً لان قوله حكم، والحكم تعتبر له هذه الشروط، قال القاضي وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى اياهم فان ألحقه بواحد منهم سقط قوله لانا تبين خطأه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه اياه مع عشرين فيهم مدعيه فان ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فاذا ألحقه

كفراً يقر عليه بالجزية عقدت له الذمة، فان امتنع من التزامها ووصف كفراً لا يقر أهله الحق بمأمنه، قال شيخنا وهذا بعيد جداً فان هذا اللقيط لا يخلو إما أن يكون ابن حربي فهو حاصل في أيدي المسلمين بغير عهد ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلماً باسلام سابيه، أو يكون ابن ذميين أو احدهما ذمي فلا يقر على الانتقال الى غير دين أهل الكتاب، او يكون ابن مسلم اومسلمين فيكون مسلما، وقد قال احمد في امة نصرانية ولدت من فجور، ولدها مسلم لان ابويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه الا امه، واذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل ان يقر فيها على دين لا يقر اهله عليه فكيف يرد الى دار الحرب؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أقر انسان أنه ولده الحق به مسلما كان أو كافراً رجلا او امرأة حياً كان اللقيط أوميتاً)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى مدع نسب اللقيط لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد بدعوته فان كان المدعي حراً مسلماً لحقه نسبه إذا أمكن أن يكون منه بغير خلاف بين أهل العلم، لان الاقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا ضرر على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال فان كان المقر به ملتقطه أقر في يده، وان كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لانه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق به كما لو قامت به بينة.

بقريبه علمت اصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته ، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز

وقد روينا أن رجلا شريفا شك في ولد له من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا ؟ قال فلان قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل اياسا فقال من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبحان الله وهل يخفى على أحد إنه أشبه بك من الغراب بالغراب؟ فسر الرجل واستلحق ولده وهل يقبل قول واحد أولا يقبل إلا قول اثنين؟ فظاهر كلام احمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فان الاثرم روى عنه أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين، فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القائفين فقال اذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا، فان قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لانهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول

(فصل) فان كان المدعي عبداً ألحق به لان لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا تجب على سيده لان الطفل محكوم بحريته فعلى هذا تكون نفقته في بيت المال

(فصل) فان كان المدعي ذمياً لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فانه يثبت له النكاح والوطء في الملك وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار لغيره فيثبت اقراره كالمسلم .

﴿مسألة﴾ (ولا يتبع الكافر في دينه الا ان يقيم بينة أنه ولد على فراشه)

وجملة ذلك أنه يتبع الكافر في النسب لا في الدين ولا حق له في حضانته ولا يسلم اليه لانه لا ولاية للكافر على المسلم وقال الشافعي في أحد قوليه يتبعه في دينه لان كل ما لحق به بنسبه لحقه به في دينه كالبينة الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا أن هذا محكوم باسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولانها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه، ولانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضراراً به فلا يقبل كدعوى الرق ، أما مجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية

الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لوكانت احدى البينتين اثنين والاخرى ثلاثة فأكثر، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقا بالاول لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم، ومتى حكم الحاكم حكما لم ينتقض بمخالفة غيره له ، وكذلك إن ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره لذلك، فان أقام الآخر بينة انه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فيسقط بوجود الاصل كالتيمم مع الماء

(فصل) وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد، وانما قبلنا قول القائف في النسب لحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف الظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره، واثباتهما يخالف الظاهر

ولو ادعى نسب اللقيط انسان فالحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى، فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

(فصل) واذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور ، وقال أصحاب

عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة، فان أقام بينة أنه ولد على فراشه لحق به نسباً وديناً كذلك ذكره ههنا وهو قول بعض أصحابنا لانه ثبت أنه ابنه ببينة ، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين الا أن تشهد البينة أنه ولد كافرين حيين لان الطفل يحكم باسلامه باسلام أحد ابويه او موته

(فصل) فان كان المدعي امرأة فروي عن أحمد أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين اشبهت الاب، ولانه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر لانها تأتي به من زوج ووطء شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، ولذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته، فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ومن أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل لغيره وطؤها قلنا يمكن ان تلد من وطء شبهة أو غيره، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل تزوجها بهذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر ، فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة ودفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة

الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه أن القافة قالت قد اشتركا فيه فقال عمر وال أيهما شئت ، ولانه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ، ولان المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وباسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر . وقال الامام أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الأثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته الباقي منهما ، وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثقتهما وإما لانه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه ، فان مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الاول قائم

إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل في الحاق نسبه بها دون زوجها يطرق العار اليه وإليها قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة فيه على أحد فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة ، وروي عن احمد انها إن كانت ذات زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه إلى الحاق النسب بزوجها بغير اقراره ولا رضائه أو الى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وإن لم يكن لها زوج قبلت دعوتها لعدم الضرر ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي أيضاً ، وروى عن احمد رواية ثالثة نقلها الكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولداً ان كان لها اخوة أو نسب معروف فلا تصدق الا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل قال شيخنا ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لانها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين أشبهت الاب وامكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فانه يمكنه إقامة

لايزيله شيء . ومعنى قوله هو للباقي منهما والله اعلم انه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات

(فصل) وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد في رواية مهنا أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا . قال أ وعبدالله بن حامد لايلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لأنا صرنا إلى ذلك للاثر فيقتصر عليه ، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن ، وروي ذلك عن أبي يوسف أيضاً

ولنا أن المعنى الذي لاجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم ان إلحاقه بالاثنين على خلاف الاصل ممنوع وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الاصل لايمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال انه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد على ذلك فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصاً يقتضي إلحاق النسب بهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

البينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي أمة أي كالحرة إلا أنا إذا قبلنا دعوها في نسبه لم تقبل قولها في رقه لانا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره اذا ادعى نسبه كافر

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعاه اثنان أو أكثر لاحدهما بينة قدم بها فان استووا في بينة أو عدمها عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا)

الكلام في ذلك في فصول (أحدها) أنه إذا ادعاه مسلم وكافر وحر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المسلم اولى من الذمي والحر أولى من العبد لان على اللقيط ضرراً في الحاقه بالعبد والذمي فيكون الحاقه بالحر المسلم اولى كالو تنازعوا في الحضانة

ولنا ان كل واحد لو انفرد صحت دعوته فاذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالاحرار المسلمين وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فانا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل انا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب ولان الحضانة انما يراعي فيها حق الطفل حسب وههنا ينبغي ان يراعى حق المدعي ايضاً قال ابن المنذر اذا كان عند امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته وأقام العبد بينة بدعواه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك ان كان المدعي من الموالي عندهم قال شيخنا وهذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في أحكام الله تعالى ولحوق النسب بهم سواء

(فصل) وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لان ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال واللقيط ، ويضيع نسبه ، هذا قول أبي بكر وقد أومأ اليه أحمد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول أبي عبدالله بن حامد قال يترك حتى يبلغ فينتسب الى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر : وال أيهما شئت ولان الانسان يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولانه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الاقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى لان كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه ، وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا انما يميل الى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ولو ثبت انه يميل الى قرابته لكنه قد يميل الى من أحسن اليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدراً أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب ، وقولهم انه صدق المقر بنسبه قلنا لا يحل له تصديقه فان النبي ﷺ لعن من ادعى الى غير ابيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم انه أبوه فلا

(الفصل الثاني) انه إذا ادعاه اثنان او اكثر وكان لاحدهما بينة فهو ابنه وان اقام كل واحد منهم بينة تعارضت وسقطت لانه لا يمكن استعمالها هنا لان استعمالها في المال اما بقسمته بين المتنازعين ولا يمكن ههنا او بالقرعة والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل إنما يثبت ههنا بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة قلنا فيلزم انه إذا اشترك رجلان في وطيء امرأة وأتت بولد أن يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطيء لا بالقرعة

(الفصل الثالث) انه إذا لم تكن بينة أو تعارضت بينتان وسقطتا أري القافة معها أو مع عصبتها عند فقدها فنلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس وعطاء والاوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعاً لان الحكم بالقيافة مبني على الشبه والظن والتخمين فان الشبه يوجد بين الاجانب وينتفي بين الاقارب ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتاه فقال يارسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود فقال « هل لك من إبل ؟ قال نعم . قال فما ألوانها ؟ قال حمر . قال فيها من أورق ؟ قال نعم . قال أين أتاها ذلك ؟ قال لعل عرقا نزع قال وهذا لعل عرقاً نزع » متفق عليه قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفي به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

ولنا ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها مسروراً تبرق

يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر وال من شئت فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب ، وعلى قول من جعل له الانتساب الى احدهما لو انتسب الى أحدهما ثم عاد وانتسب الى الآخر ونفى نسبه من الاول أو لم ينتسب الى واحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الاخر اذا اختاره فانه لا حكم لقول الصبي وانما تبع اختياره وشهوته فأشبه مالو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لانها بطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلأن تبطل الانتساب أولى ، وان وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة

(فصل) وان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتهما ، فان كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما ، وان كانت إحداهما ممن تسمع دعوتها دون الاخرى فهو ابن لها كالمنفردة به ، وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما فهما في اثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين : قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، فقيل يرى القافة فقال ما أحسنه ولان الشبه يوجد بينها وبين ابنها

أسارير وجهه فقال «ألم تري أن مجززاً نظر آنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض؟» متفق عليه فلولا جواز الاعتماد على القيافة لما سر به النبي صلى الله عليه وسلم ولا اعتمد عليه ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة «انظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا اراه الا قد كذب عليها وان جاءت به جعداً جمالياً سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو الذي رميت به» فأتت به على النعت المكروه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لولا الايمان لكان لي ولها شأن» فحكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي اشبهه منهما وقوله «لولا الايمان لكان لي ولها شأن» يدل على انه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن امة زمعة حين راى به شبهاً بينا بعتبة بن ابي وقاص احتجبي منه ياسودة فعمل بالشبه في حجب سودة فان قيل فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل الحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو اقوى منها لا يوجب الاعراض

كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته والكافرة والمسلمة والحرة والامة في الدعوة واحدة كما قلنا في الرجل، وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتها، وان ألحقته القافة بامرأتين لم يلحق بهما وبطل قول القافة لاننا نعلم خطأه يقينا، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لان الام أحد الابوين فجاز أن يلحق باثنين كالآباء

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما وفارق الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لانه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطيء شبهة فيلحق بهما جميعا ويكون ابنهما بمجرد دعوتهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة، وان قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجح زوجته على الاخرى؟ يحتمل وجهين (أحدهما) ترجح لان زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعتا تساويتا

(فصل) وان ولدت امرأتان ابنا وبنتا فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها دون البنت

عنها اذا خلت عن المعارض ولذلك ترك إقامة الحد عليها من اجل أيمانها بدليل قوله « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » على ان ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عددا وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره اربع مرات وتدرأ بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى مع ظهور انتفائه حتى لو ان امرأة أتت بولد وزوجها غائب منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يحتج إلى نفيه بعدم إقامة الحد؟ ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من اهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت ام سلمة او ترى ذلك المرأة؟ قال « فمن اين يكون الشبه » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على ان العادة خلافه وان في طباع الناس إنكاره فان ذلك إنما يوجد نادراً وإنما الحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر للدليل ولا يجوز تركه لغير دليل ولان ضعفه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته، فان النسب يحتاط له لاثباته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لا ينتفي الا بأقوى الادلة كما أن الحد لما انتفى بالشبهة لم يثبت الا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به

احتمل وجهين أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر (والثاني) ان نعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته ، وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للاخرى ، فان لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة، وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو انثيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) ولو ادعى اللقيط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابني نظرنا ، فان كان ابنا فهو لمدعيه وان كانت بنتا فهي لمدعيها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وان كان خنثى مشكلا أري القافة معهما لانه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ، وان أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بينة الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها و لاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

(فصل) واذا وطيء رجلان امرأة في طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر أو يطأ رجل امرأة آخر او أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها اوسيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته او يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو جاريته او يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً او يكون نكاح أحدهما صحيحا

النسب في مسئلتنا، فان قيل فههنا اذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به قلنا انما نتسب ههنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحاً لاحدهما فانتفت دلالة الاخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله ، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها عند عدمها .

(فصل) والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط محرز الذي رأى اسامة وزيداً قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ، وكان اياس بن معاوية المزني قائفاً وكذلك قيل في شريح

﴿ مسئلة ﴾ (فان ألحقته بأحدهما لحق به ليرجح جانبه وان ألحقته بهما لحق بهما وكان ابنه يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد)

يروى ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته بهما سقط قولها ولم يحكم به واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه ان القافة قالت اشتركا فيه، فقال عمر وال أيهما شئت ولانه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبها فسقط قولها كما لو ألحقته بأمين ولان المتداعين

والآخر فاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطئها أو يبيع جارية فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط

(فصل) واذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة ، وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم تكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له (والثاني) أن دعوى النسب تثبت بها حقا للقيط ودعوى الرق تثبت حقا عليه فلم تقبل بمجردها كما لو ادعى رق غير اللقيط ، فاذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى ، وان كانت له بينة لم تخل اما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فان شهدت بالملك او باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين او رجل وامرأتين ، وان شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة او رجل واحد لانه مما لا يطلع عليه الرجال ثم ننظر فان شهدت البينة باليد فان كانت الملتقط لم يثبت بها ملك لاننا عرفنا سبب يده فان كانت لاجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك وان شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وان لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بان أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا ملكه ، وان شهدت أنه ابن أمته أوان أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك

لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما ، وباسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار باسناده عن عمر ، وقال الامام احمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما ، وقال قابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته الباقي منهما وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وان صح فيحتمل أنه ترك قولهما لأمر آخر إما لعدم ثقتهما وإما لانه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما انهما اشتركا فيه . قال أحمد اذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه، فان مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله هو للباقي منهما والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة اذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذ جميع الزوجات .

بذلك كقولنا في ملكه لان أمه ملكه فنماؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت الملك لانه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته

(فصل) وان ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع كلف إجابته فان انكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم له بها فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لانه بان أنه تصرف بغير اذن سيده وان لم تكن بينة فاقر بالرق نظرنا فان كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله وان لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو حد فانه يقبل وان تضمن ذلك فوات نفسه، ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لانه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولانه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره بالرق كما ذكرنا ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لانه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان اقراره باطلا، وهذا قول القاسم وابن المنذر وللشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يلحق بأكثر من أم واحدة)

اذا ادعت امرأتان نسب اللقيط فهو مبني على قبول دعوتهما، وقد ذكرنا ذلك، وإن كانت احداهما ممن تقبل دعوتها دون الاخرى فهو ابنها كالمنفردة، وإن كانتا ممن لا تقبل دعوتهما فوجودهما كعدمهما وإن كانتا جميعاً ممن تقبل دعوتهما فهما في اثباته بالبينة وكونه يرى القافة عند عدمها أو تعارضهما كالرجلين).قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف فقيل يرى القافة فقال ما أحسنه، ولان الشبه يوجد بينها و بين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته، والكافرة والمسلمة، والحرة والأمة، في الدعوة واحدة كقولنا في الرجال، وهذا قول اصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون بقبول دعوتها، اذا ثبت ذلك فانه لا يلحق بأكثر من أم واحدة، فان ألحقته القافة بأمين سقط قولهما لانا لا نعلم خطأه قطعاً، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لأن الام أحد الأبوين فجاز ان يلحق باثنتين كالآباء

ولنا ان هذا محال يقيناً فلم يجز الحكم به كما لو كان اكبر منهما او مثلهما بخلاف الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع نطفتي الرجلين في رحم امرأة فيمكن ان يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل ذلك منه كما لا يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي الف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل اقراره في الجميع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبتت ويثبت النسب تبعاً لها وأما ان أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جوابا وان كذبه بطل اقراره ثم ان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض اصحابنا يتوجه أن لا يسمع اقراره الثاني لان اقراره الاول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر فاذا بطل اقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه اقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانيا كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحرية فان اقراره بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) إذا قبلنا اقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى فان كان ذكراً فان كان قبل الدخول فسد نكاحه في حقه لانه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله ، وان كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضا ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لامه وان كان متزوجا بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جناياته ويفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته فلا ينقطع حقها منه باقراره

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لامكان كونه منهما بنكاح كان بينهما او وطء شبهة فيلحق بهما جميعاً ويكون ابنهما بمجرد دعوتهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة اخرى فهو ابن الرجل وترجح زوجته على الاخرى لان زوجها ابوه فالظاهر انها امه ، ويحتمل ان يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت الحق بها فاذا اجتمعتا تساوتا

(فصل) ولو ولدت امرأتان ابنا وبنتاً فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها احتمل وجهين (احدهما) ان يرى المرأتان القافة مع الولدين فيلحق كل منهما بمن الحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر. (والثاني) يعرض لبنهما على اهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند اهل المعرفة فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للاخرى ، فان لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة فاما ان تنازعا احد الولدين وهما ذكران او ابنتان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) فان ادعى اللقيط رجلان فقال احدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فان كان ابناً فهو لمدعيه وان كان بنتاً فهي لمدعيها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه فان كان خنثى مشكلا اري القافة لانه ليس قول كل واحد منهما اولى من الآخر ، فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيها كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بينة الكاذب منهما كاذبة فوجودها كعدمها والاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم تكن مدخولا بها وان كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والاخرى خمساه وان كان اللقيط انثى فالنكاح صحيح في حقه وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير اذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه الا بالدخول وان كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى ان كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه الا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لاعتراف الزوج بوجوبه، وأما الاولاد فاحرار ولا تجب قيمتهم لانه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لانا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامة لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في ايجاب حق لم يدخل في العقد

﴿ مسئلة ﴾ (فان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم لحق وان كثروا)

وقد نص أحمد في رواية مهنا انه يلحق بثلاثة، ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقته القافة وان كثروا، وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لاننا صرنا إلى ذلك للاثر فيقتصر عليه وقال القاضي: لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي ذلك عن أبي يوسف أيضا

ولنا أن المعنى الذي لاجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه، وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر منهما، وقولهم: ان إلحاقه باثنين على خلاف الاصل ممنوع وان سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الاصل ولا يمنع من أن يقاس على ذلك مال الغير والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك، وأما قول من قال يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد عليه فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم الى ما في معناه ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي الحاق النسب بهم دون ما زاد عليهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

﴿ مسئلة ﴾ (فان نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين وفي الآخر يترك حتى يبلغ فينتسب الى من شاء أومأ اليه أحمد)

وجملة ذلك انه اذا ادعاه أكثر من واحد وأري القافة فنفته عنهم أو لم يوجد قافة أو تعارضت أقوالهم أو لم يوجد من يوثق بقوله لم يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده لان ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال واللقيط ليس بمال، فعلى هذا يضيع نسبه، هذا قول أبي بكر لانه

عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن ايفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه مالم يدخل عليه أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيده فان طلقها اعتدت عدة الحرة لان عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب الا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وان مات اعتدت عدة الامة لان المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها ومن قال بقبول قولها في جميع الاحكام فهذه أمة قد تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد، ويفرق بينهما وان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل ذلك مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان وتعتد حيضتين لانه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لاعتقاده حريتها فانه مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع وان مات عنها لم تجب عدة الوفاة

(فصل) وان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدى مما في يديه وما فضل عليه ففي ذمته لان معامله لا يعترف برقه ومن قال بقبول اقراره في جميع الاحكام قال بفساد عقوده كلها وأوجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت تالفة وجبت قيمتها في رقبته ان قلنا انما استدان العبد بغير اذن سيده فهو في رقبته وان قلنا بان استدانة العبد في ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لانه ثبت برضى صاحبه

لا دليل لأحدهم أشبه من لم يدع أحد نسبه ، وقال ابن حامد نتركه حتى يبلغ فينتسب الى من شاء منهم قال القاضي وقد أومأ أحمد الى هذا في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر : وال أيهما شئت ولان الانسان يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولانه مجهول النسب أقر به من هو من أهل الاقرار فثبت نسبه كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأي : يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى لان كل واحد منهم لو انفرد سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضت ولا حجة لواحد منهما فلم يثبت كما لو ادعى رقه وليس هو في أيديهما قال شيخنا وقول أبي بكر أقرب لما ذكرنا وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا انما يميل الى قرابته بعد معرفة أنه قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله ولو سلم ذلك فانه يميل أيضا الى من أحسن اليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا وأعظمهما قدراً أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب، ولا خلاف بين أصحابنا في أنه لا يثبت نسبه بالانتساب قبل البلوغ، وقولهم انه صدق المقر بنسبه قلنا لا يحل له تصديقه فان النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه وهذا يعلم أنه أبوه فلا نامن أن يكون ملعونا بتصديقه، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وقول عمر رضي الله عنه وال أيهما شئت لم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة لانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما إذا انتسب الى أحدهما ثم عاد فانتسب إلى الآخر أو نفى نسبه من الاول ولم

(فصل) وان كان قد جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حرا كان المجني عليه أو عبدا لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً او حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجناية خطأ تعلق ارشها برقبته لان ذلك مضر به فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجني عليه فلا

ينتسب إلى أحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد إلى الآخر اذا اختاره فانه لاحكم لقول الصبي وانما تبع اختياره وشهوته فهو كما لو اشتهى طعاما في يوم وغيره في يوم آخر، فأما إن قامت للآخر بينة بنسبه عمل بها لانها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فأولى أن تبطل الانتساب وإن وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع القافة

(مسألة) وكذلك الحكم إن وطىء امرأة اثنان بشبهة أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطىء أري القافة معهما)

كاللقيط فألحق بمن ألحقوه به منهما سواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الافتراش ذكره القاضي وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة ذكره في المحرر وكذلك ان تزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً وكان نكاح أحدهما صحيحا والآخر فاسداً مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره في عدتها ويطؤها أو يبيع أمة فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق، والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط على ماذكرنا

(مسألة) (ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلا مجربا في الاصابة)

وفي اعتبار حريته وجهان من المحرر قوله القافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة، وقد قيل أكثر مايكون ذلك في بني مدلج رهط محرز المدلجي وكان اياس بن معاوية المزني قائفا ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الاصابة لان قوله حكم فاعتبرت له هذه الشروط، قال القاضي في معرفة القائف بالتجربة هو أن يترك الصبي مع عشرة رجال غير من يدعيه ويرى اياهم فان ألحقه بواحد منهم سقط قوله لتبين خطئه وان لم يلحقه بواحد منهم أريناه اياه مع عشرين منهم مدعيه فان ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيه أبوه أو أخوه فاذا ألحقه بقريبه عرفت اصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته ولو لم يجربه بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز، فقد روي أن رجلا شريفا شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به اياس بن معاوية في المكتب ولا يعرفه فقال له ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا؟ قال فلان، قال من أين علمت أنه أبوه؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول اياس فخرج

يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجباً المجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جني عليه جناية موجبة القود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد منه العبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص، وان كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساويا الواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته عبداً أكثر من ديته حرا لم يجب الا ارش الجناية على الحر ومن قبل قوله في الاحكام كلها أوجب ارش الجناية على العبد، وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حرا سقط عن العاقلة ولم يجب على الجاني لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في ايجابه على الجاني فسقط وقيل لا يتحول عن العاقلة ومن قال لا يقبل اقراره في الاحكام كلها أوجب الارش على الجاني

الرجل وسأل اياساً من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال سبحان الله وهل يخفى ذلك على أحد إنه لأشبه بك من الغراب بالغراب فسر الرجل واستلحق ولده

(فصل) نقل عن أحمد أنه لا يقبل الا قول اثنين من القافة ولفظ الشهادة منهما فروى عنه الأثرم أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب أشبه الشهادة ولانه حكم بالشبه في الخلقة فاعتبر فيه اثنان كالحكم بالمثل في جزاء الصيد، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويكفي في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القائفين فقال اذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا، ولان النبي ﷺ اكتفى بقول محرز وحده فان قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لانه أقوى من قول واحد، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع، فان عارض قول اثنين قول ثلاثة أو اكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت احدى البينتين اثنين والاخرى ثلاثة وأما ان ألحقته القافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان للاول لان قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم اذا حكم حكما لم ينتقض بمخالفة غيره ولذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره كذلك، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فسقط بوجود الاصل كالتيمم مع الماء

(فصل) واذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد لها وانما قبلنا قول القافة في النسب للحاجة إلى اثباته ولكونه غير مخالف الظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره واثباتهما يخالف الظاهر

(فصل) لو ادعى نسب اللقيط انسان وألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر وادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال « لا » قلت فبالشطر يارسول الله ؟ قال « لا » قلت فبالثلث ؟قال « الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس »وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال « ماحق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » متفق عليهما وروى ابو امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث رواه سعيد، وابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها او دين)وان النبي ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ورواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب الوصية الا على من عليه دين اوعنده وديعة او عليه واجب يوصي بالخروج منه فان الله تعالى فرض اداء الامانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه فاما الوصية بجزء

كتاب الوصايا

(وهي الامر بالتصرف بعد الموت) الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت ، وقال ابو الخطاب هو التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث، فعلى قوله تكون العطية في مرض الموت وصية ، والصحيح أنها ليست وصية لأنها تخالفها في الاسم والحكم في أشياء ذكرناها في عطية المريض ، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله سبحانه (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية) وقوله (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟قال« لا » قلت فبالشطر يارسول الله؟قال لا قلت فبالثلث؟قال« الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » متفق عليه وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « ماحق أمرىء مسلم له ما يوصي فيه يبيت ليلتين إلاووصيته مكتوبة عنده»

من ما له فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي واصحاب الرأي وغيرهم ، وقال ابن عبد البر اجمعوا على أن الوصية غير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينة وامانة بغير اشهاد الا طائفة شذت فاوجبتها روي عن الزهري انه قال جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر وقيل لابي مجلز على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيرا وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة للاقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكى ذلك عن مسروق وطاوس واياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

ولنا ان أكثر اصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلا ظاهرا ولانها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الاجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى انها نسخت بقول النبي ﷺ « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده وديعة

(فصل) وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لان الله تعالى قال (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث وقد

متفق عليه وعن أبي امامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وان النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية رواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه لان الله تعالى أوجب أداء الامانات الى أهلها وطريقه الوصية فتكون واجبة عليه ، فأما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور يروى ذلك عن الشعبي والنخعي والثوري ومالك وأصحاب الرأي والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبدالبر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت فأوجبتها فروي عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر ، وقيل لابي مجلز على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيراً وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة للاقربين الذين لا يرثون وبه قال داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس واياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وبخبر ابن عمر فقالوا نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

روي عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين اخذت بكظمك لاطهرك وازكيك » وعن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم » رواهما ابن ماجه وقال الشعبي من اوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل مالو اعطاها وهو صحيح واما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يوصي لان الله قال في الوصية (ان ترك خيرا) وقال النبي ﷺ لسعد « انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » وقال « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » وقال علي رضي الله عنه لرجل اراد ان يوصي انك لن تدع طائلا انما تركت شيئاً يسيرا فدعه لورثتك وعنه اربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة وروي عن عائشة رضي الله عنها ان رجلا قال لها « لي ثلاثة آلاف درهم واربعة اولاد أفأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صديق له يعوده فقال الرجل اني اريد ان اوصي فقال له ان الله تعالى يقول (ان ترك خيراً) وانك انما تدع شيئاً يسيرا فدعه لورثتك . واختلف اهل العلم في القدر الذي لا تستحب له الوصية لمالكه فروي عن احمد اذا ترك دون الالف لا تستحب الوصية وعن علي اربعمائة دينار وقال ابن عباس اذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستين دينارا ما ترك خيراً وقال طاوس الخير ثمانون دينارا وقال النخعي الف وخمسمائة وقال ابو حنيفة القليل ان يصيب اقل الورثة سهما خمسون درهما . والذي يقوى عندي انه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية لان النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله « ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة » ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث

ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلا ظاهراً ولانها عطية لا تجب في الحياة فلم تجب بعد الموت كعطية الاجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) الآية وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب جماعة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى أنها نسخت بقول النبي ﷺ « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده وديعة

﴿مسألة﴾ (وتصح من البالغ الرشيد) عدلا كان أو فاسقاً رجلا أو امرأة مسلما أو كافراً لان هبتهم صحيحة فالوصية أولى

﴿مسألة﴾ (وتصح من السفيه في أصح الوجهين)

المحجور عليه للسفه تصح وصيته في قياس قول أحمد قال الخبري وهو قول الاكثرين وفيه وجه آخر أنها لا تصح حكاه أبو الخطاب لانه محجور عليه في تصرفاته فلم تصح منه كالهبة

ولنا أنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولان وصيته محض مصلحة من غير ضرر لانه

غنائم كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك افضل من الوصية به لغيرهم فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغنائهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال والله اعلم وقد قال الشعبي مامن مال اعظم اجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى ان لا يستوعب الثلث بالوصية وان كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وقال القاضي وابو الخطاب ان كان غنياً استحب الوصية بالثلث

ولنا ان النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث ان لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي وروى سعيد بن ثنا خالد بن عبدالله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «اوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «اوص بالعشر» فقلت يارسول الله ان مالي كثير وورثتي اغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني واناقصه حتى قال «اوص بالثلث والثلث كثير» وقال ابو عبدالرحمن لم يكن احد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبي ﷺ «الثلث والثلث كثير» اذا ثبت هذا فالافضل للغني الوصية بالخمس ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء اهل البصرة ويروى عن عمر رضي الله عنه انه جاءه شيخ فقال ياأمير المؤمنين انا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلالة منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كله؟ قال لا فلم يزل يحط حتى بلغ العشر وقال اسحاق السنة الربع الا ان يكون رجلا يعرف في ماله حرمة شبهات او غيرها فله استيعاب الثلث

ولنا ان ابابكر الصديق رضي الله عنه اوصى بالخمس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يعني

ان عاش لم يذهب من ماله شيء وان مات فهو محتاج الى الثواب فصحت وصيته كعبادته

(فصل) وتصح من الصبي العاقل اذا جاوز العشر ولا تصح ممن له دون السبع وفيما بينهما روايتان المنصوص عن أحمد صحة وصية الصبي العاقل اذا جاوز العشر رواه عنه صالح وحنبل قال أبو بكر لا يختلف المذهب ان من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وفيما بين السبع والعشر روايتان وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية لدون تسع قولا واحداً وما زاد على العشر فيصح على المنصوص وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي اذا عقل وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهري واياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك واسحاق ، قال اسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة، وحكاه ابن المنذر عن احمد وعن ابن عباس لا تصح

قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) وروى ان ابابكر وعليا رضي الله عنهما اوصيا بالخمس وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخمس احب الي من الربع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس افضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخمس احب اليهم من الثلث فهو منتهي الجامح وعن العلاء ابن زياد وقال اوصى ابي ان اسال العلماء اي الوصية اعدل فما تتابعوا عليه فهو وصيته ؟ فتتابعوا على الخمس

(فصل) والافضل ان يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقراء في قول عامة اهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك اذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للوالدين والاقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » وبقي سائر الاقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة افضل فكذلك بعد الموت فان اوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول اكثر اهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا ينزع منهم ويرد الى قرابته وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : للذي اوصي له ثلث الثلث والباقي يرد الى قرابة الموصي لانه لو اوصى بما له كله لجاز منه الثلث والباقي رد على الورثة واقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله

ولنا ماروى عمران بن حصين ان رجلا اعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك

وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي وللشافعي قولان كالمذهبين ولانه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالهبة والعتق

ولنا ماروي أن صبيا من غسان له عشر سنين وصى لاخوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطئه عن عبدالله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا لا ابنة عم فقال عمر فليوص لها فأوصى بمال يقال له بئر خشم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال بثلاثين ألفا وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمر بن سليم قال أبو بكر وكان الغلام بن عشر أو اثنتي عشرة سنة وهذه قضية انتشرت ولم تنكر ولانه تصرف محض نفع للصبي فصح منه كالاسلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا تصح عباداته ولا اسلامه وأما من له فوق السبع ولم يبلغ العشر فقد ذكرنا فيه روايتين (احداهما) تصح وصيته وهو ظاهر قول القاضي وأبي الخطاب لانه عاقل يصح اسلامه

النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة فاجاز العتق في ثلثه لغير قرابته ولانها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة ذلك)

وجملة ذلك أن الانسان اذا أوصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا وجاءت الاخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو امامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وامكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى، وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء، وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة، وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذا من ظاهر قول أحمد، في رواية حنبل: لاوصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وهو قول الشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ «لاوصية لوارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء لانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه «الا أن يجيز الورثة» والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الاجازة

يؤمر بالصلاة وتصح منه أشبه من جاوز العشر (والثانية) لا تصح لمن له دون السبع والاول أقيس والله أعلم قال الخرقي ومن جاوز العشر فوصيته جائزة اذا وافق الحق يريد اذا وصى وصية يصح مثلها من البالغ صحت منه ومالا فلا قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرسم، وفي السكران وجهان)

أما الطفل ومن له دون سبع سنين والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم في قول الاكثرين منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومن تبعهم قال شيخنا ولا نعلم أحدا خالفهم إلا إياس بن معاوية فانه قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهما الحق جازت وليس بصحيح فانه لاحكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذلك الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لاضرر فيها فأولى أن لايصح بذله المال يتضرر به وارثه فاما من يفيق في الاحيان فاذا أوصى حال جنونه لم يصح، وان أوصى حال افاقته صحت وصيته لانه بمنزلة العقلاء في شهادته ووجوب العبادات عليه فكذلك وصيته ولا تصح وصية السكران في أصح الوجهين وفيه وجه آخر أنها تصح بناء على

ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة، وفائدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فاذا قال ذلك لزمت الوصية وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المجيز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه

(فصل) وإن أسقط عن وارثه دينا أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبها المال فهو كالوصية له، وإن عفى عن القصاص وقلنا الواجب القصاص عينا سقط إلى غير بدل ، وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفى عن حد القذف سقط مطلقا ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هو وصية للوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه ، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طاوس في قوله عز وجل (فمن خاف من موص جنفا أو إثما) قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته . رواه سعيد قال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(فصل) وان وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابنا وبنتا وعبداً قيمته

طلاقه والاول أصح لانه غير عاقل أشبه المجنون وطلاقه انما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا الى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها انما الضرر على وارثه فأما الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والا فهو كالعاقل والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وتصح وصية الاخرس بالاشارة ولا تصح ممن اعتقل لسانه بها ويحتمل أن تصح)

اذا فهمت اشارة الاخرس صحت وصيته بها لانها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وبه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته فلا تصح وصيته اذا لم يكن مأيوسا من نطقه ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح وهو قول الشافعي وابن المنذر لانه غير قادر على الكلام أشبه الاخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم فقعدوا رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تصح وصيته بالاشارة كالقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن اشارة القادر لا تصح بها وصيته ولا اقراره وفارق الاخرس فانه مأيوس من نطقه

مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولابنته بأمته احتمل أن تصح الوصية لان حق الوارث في القدر لافي العين بدليل مالو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح اذا كان ذلك بثمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال واحتمل أن تقف على الاجازة لان في الاعيان غرضا صحيحا وكما لايجوز ابطال حق الوارث في قدر حقه لايجوز من عينه

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي وحكاه الخبري مذهبا للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء في أنه اذا ملكه بالميراث انه يعتق ويرث وقال أبو حنيفة ان حمله الثلث عتق وورث والا سعى فيما بقي عليه ولم يرث ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وقال أبو يوسف ومحمد يحتسب ميراثهم من قيمتهم فان فضل شيء أخذه ، وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه

ولنا أن المريض لم يضع فيهم شيئا من ماله وانما تعاطى سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير إزالته فلم يحتسب عليه من ثلثه كما لو اتهب شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه أو اشترى شيئا فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائع أو وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول واذا لم تكن وصية لم تحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث كالو ملكه بالميراث عند من سلمه أو كالو كان ذلك في صحته فان ملكه بعوض كالشراء فحكى الخبري عن أحمد انه يعتق ويرث وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة وقال القاضي في المجرد ان ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والا عتق منه بقدر الثلث وهذا قول مالك وقال الخبري وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وحكى غيره عن الشافعي أنه لافرق عنده بين أن يملكه بعوض

(فصل) وان وصى عبد أو مكاتب أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم وان عتقوا ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولا صحيحاً وأهلية تامة وفارقوا الحر بانهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير ولا شيء له ثم استغنى وان قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ثم مات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

﴿مسألة﴾ (وان وجدت وصيته بخطه صحت وعنه لا تصح حتى يشهد عليها)

نقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أنه قال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد عليها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ووجه ذلك قول النبي ﷺ « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده ولم يذكر شهادة » ولان الوصية يتسامح فيها ويصح تعليقها على الخطر والغرر وتصح للحمل وبالحمل وبما لا يقدر على تسليمه فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث وكما لو كتب الطلاق ولم يلفظ به وعن أحمد ما يدل على أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيه

أو غيره وانه ان خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ولا يرث في الحالين لانه لو ورث لـكان اعتاقه وصية لوارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه فصححنا عتقه ولم نورثه لئـلا يفضي إلى ذلك ، ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هـذا كمذهبهم فيما اذا ملـكه بغير عوض

ولنا على اعتاقه قول النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » ولأنه ملك وجد معه ماينافيه فبطل كملك النكاح مع ملك الرقبة أعني فيما اذا اشترى أحد الزوجـين صاحبه ، واذا أعتق ورث لانه وجد سبب الميراث عريا عن الموانع فورث كما لو ورثه ، وقولهم ان عتقه وصية لا يصح لان الوصية فعله ، والعتق ههنا يحصل من غير اختياره ولا ارادته ، ولان رقبة المعتق لاتحصل له وانما تتلف ماليته وتزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه أو كاتلاف بعض ماله في بناء مسجد مثل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة ثم مات المريض وخلف ابنا آخر ومائتين فانه يعتق ويقاسم أخاه المائتين في قول الاكثرين ، وعند الشافعي فيما حكي عنه غير الخبري يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله نصف التركة يحتسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون ، وان كان باقي التركة خمسين فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك ، وعند أبي حنيفة يعتق نصفه ويسعى في باقيه والخمسون كلها لاخيه ، وقال صاحباه تعتق ثلاثة أرباعه وعند الشافعي في قول غير الخبري يعتق نصفه ويرق نصفه ونصفه الرقيق والخمسون كلها لاخيه ، وان كان باقي التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة وخمسون ، وعند الشافعي يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله مائة فان كان اشترى

وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لان الحـكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهاده فكذا ههنا وأبلغ من هذا ان الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى، وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكي عن أحمد أن الرجل اذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيـه وهو قول من سمينا في المسألة الاولى ويحتمل جوازه على ما نقله عن أحمد اسحاق بن ابراهيم في المسألة قبلها وذكره الخرقي؛ وممن قال ذلك عبدالملك بن يعلي ومكحول ونمير بن ابراهيم ومالك والليث والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار بن عبد الله بن الحسن ومعاذ بن معـاذ العنبريين وهو مذهب فقهـاء أهل البصرة وقضاتهـم واحتـج أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما عمل به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم الى ولاتهم بالاحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال

ابنه بمائة ومات وخلف ابنا آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الاولى يعتق ويقاسم أخاه المائة الباقية وعلى ماحكاه القاضي يعتق منه ثلثاه ويرث أربعين ويعتق باقيه على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئاً لان عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعي يعتق ثلثاه ولا يرث ، وقال ابو حنيفة يعتق ثلثاه ويسعى في باقيه ولا يرث ، وعند صاحبيه يعتق كله ولا يرث شيئاً فان كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أوحابا به لم يعتق لان الثلث قد ذهب

(فصل) وان ملك من ورثته من لايعتق عليه كبني عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لانه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الاجانب ان خرجوا من الثلث عتقوا والاعتق منهم بقدر الثلث ، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوه لانهم لو ورثوا لكانت وصية لوارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم ، وقد قال ابو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث ، وهذا في معنى ماذكرنا لان إقراره لوارث غير مقبول فمنعنا ميراثه ليقبل اقراره له بالاعتاق

(فصل) مريض اشترى أباه بألف لامال له سواه فعلى رواية الخبري يعتق كله ، وعلى القول الآخر يعتق ثلثه ، على المعتق ويعتق باقيه على ابنه وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى للابن في ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه يعتق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء الا أن يجيز الابن عتقه وقيل يعتق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه وان خلف ابنين سواه عتق وورث سدسهما وبه قال مالك وابو حنيفة ، وفي قول صاحبيه يعتق نصفه ويسعى في قيمة نصفه

مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فيكون اجماعا، ووجه القول الاول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى القاضي والاولى الجواز ان شاء الله تعالى لظهور دليله والاصل لنافيه منع

(فصل) وأما اذا ثبتت الوصية بشهادة أواقرار الورثة به فانه يثبت حكمه ويعمل به مالم يعلم رجوعه عنه وان تطاولت مدته وتغيرت أحوال الموصي مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لان الاصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحوط لها وأحفظ لما فيها وقد ذكرنا حديث ابن عمر وروى أنس رضي الله عنه قال كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لاإله إلا الله وحده لا شريك له وان محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لاريب فيها وان الله يبعث من في القبور وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب (يابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض

(فصل) واذا وهب الانسان أبوه او وصى له به استحب له أن يقبله ولم يجب، وهذا قول الشافعي ويحتمل أن يجب عليه قبوله لان فيه اعتاقا لابيه من غير التزام مال

ولنا أنه استجلاب ملك على الاب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه، ولانه يلزمه ضرر بلحوق المنة به وتلزمه نفقته وكسوته

(فصل) اذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما، وان وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصية لهما وان ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين وللاجنبي السدس في الاولى والمعين الموصى له به في الثانية، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن كانت الوصيتان بثلثي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما، وان عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللاجنبي الثلث كاملا لانهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للاجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له، وان أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس، هذا الذي ذكره القاضي وهو قول مالك والشافعي وذلك لان الوارث يزاحم الاجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فاذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعاً اليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد، واختار أبو الخطاب ان الثلث جميعه للاجنبي وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة لانهم لايقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان لاجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا إبطال مازاد على السدس، فان صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا مازاد عليه في وصيتكما أو قالوا

عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس، وروي عن ابن مسعود أنه كتب في وصيته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضه هذا أن مرجع وصيتي الى الله تعالى ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله وأنهما في حل وبل مما وليا وقضيا وأنه لايزوج امرأة من بنات عبد الله الا باذنهما، وروى ابن عبد قال كان في وصيته أبي الدرداء بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حق والنار حق وان الله يبعث من في القبور وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيى ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله بكذا وكذا وأن هذه وصيته إذ لم يغيرها.

(فصل) قال رحمه الله (والوصية مستحبة لمن ترك خيراً وهو المال الكثير بخمس ماله وتكره لغيره ان كان له ورثة)

وجملة ذلك أن الوصية مستحبة لمن ترك خيراً لقول الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا) الوصية فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث، وروى ابن عمر

رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد في جعل السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به ، وإن قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الاجنبي فهو على ماقالوا لان لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، وان أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه ، فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ماكان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه انما ينتقص منه بمزاحمة الوارث فاذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث لانه قد أوصى له به ، ولو خلف ابنين ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندي للاجنبي الثلث كاملا وعند القاضي له التسع ويجيء فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) وان وصى بثلثه لوارث وأجنبي وقال ان ردوا وصية الوارث فالثلث كله للاجنبي كما وصى وان أجازوا للوارث فالثلث بينهما لان الوصية تتعلق بالشرط ، ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح وان قال وصيت بثلثي لفلان فان قدم فلان الغائب فهو له صح فان قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الوصي وبطلت وصية الاول سواء عاد الى الغيبة أو لم يعد لانه قد وجد شرط انتقال الوصية اليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وان مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم

قال: قال رسول الله ﷺ «يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لاطهرك وأزكيك» وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم» رواهما ابن ماجه ، وقال الشعبي من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو أعطاه وهو صحيح ، فأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يوصي لان الله تعالى قال في الوصية ان ترك خيراً وقال النبي ﷺ لسعد «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وقال ابدأ بنفسك ثم بمن تعول وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي انك لم تدع طائلا إنما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك ، وروي عنه أنه قال في أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الوارث وروي عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد أفأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صديق له يعوده فقال الرجل اني أريد أن أوصي فقال له علي ان الله تعالى يقول ان ترك خيراً وانك انما تدع شيئا يسيراً فدعه لورثتك ، واختلف أهل العلم في القدر الذي

ذكره القاضي لان الوصية ثبتت لوجود شرطها فلم تنقل عنه كما لو لم يقدم ، ويحتمل ان الغائب ان قدم بعد الموت كانت الوصية له لانه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك

(فصل) وان وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا ، فان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك، فلو خلف ثلاثة بنين وعبداً لا يملك غيره فوصى به لاحدهم أو وهبه إياه في مرض موته وأجازه له أخواه فهو له ، وان أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه، وان أجازا له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملا الثلث نصيبه والسدس من نصيب المجيز ، وان أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد ، وان وصى بالعبد لاثنين منهما فللثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما ، أو يجيز لهما بعض وصيتهما ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لاحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيفما شاء فعل فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وان لم يجيزوا رد الى الثلث)

لا تستحب الوصية لمالكه فروي عن أحمد إذا ترك دون الالف لا تستحب له الوصية وعن علي أربعمائة دينار وعن ابن عباس إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً وقال طاوس الخير ثمانون ديناراً ، وقال النخعي الف الى خمسمائة وقال أبو حنيفة القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما،قال شيخنا والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية لان النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله «انك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة» ، ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه فيكون أفضل من الوصية به لغيرهم. فعلى هذا تختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال وقد قال الشعبي ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وان كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وقال القاضي وأبو الخطاب إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث

وجملة ذلك ان الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير اجازة وما زاد على الثلث يقف على اجازتهم فان اجازوه جازوان ردوه بطل في قول جميع العلماء . والاصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد حين قال اوصي بمالي كله؟ قال «لا» قال فبالثلثين؟ قال لا قال فبالنصف؟ قال لا قال فبالثلث قال «الثلث والثلث كثير» وقوله عليه السلام «ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم» يدل على انه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين اعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم فدعا بهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة اجزاء واقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة وقال له قولا شديداً يدل أيضاً على انه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث اذا لم يجز الورثة ويجوز باجازتهم لان الحق لهم والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث كالقول في الوصية للوارث على ماذكرنا ، وهل اجازتهم تنفيذ او عطية مبتدأة ؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث، والخلاف فيه مبني على ان الوصية به او العطية له في مرض الموت المخوف صحيحة موقوفة على الاجازة او باطلة فظاهر المذهب انها صحيحة وان الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز أجزت ذلك اوانفذته او نحوه من الكلام ولا يفتقر الى شروط الهبة ويتفرع عن هذا الخلاف انه لو اعتق عبدا لامال له سواه في مرضه او وصى باعتاقه فاعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على اجازة الورثة فان اجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله اذا قلنا بصحة اعتاقه ووصيته ، وان قلنا هي باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لأنهم باشروه بالاعتاق وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم اعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ماذكرنا، ولو اوصى لابن وارثه

ولنا أن النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره إياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث : إن لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي . وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضا فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت ؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوص بالعشر» فقلت يارسول الله مالي كثير وورثتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال «أوص بالثلث والثلث كثير» قال أبو عبد الرحمن لم يكن منا من يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئا لقول رسول الله ﷺ «الثلث والثلث كثير» اذا ثبت هذا فالافضل للغني الوصية بالخمس روي نحو هذا عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء أهل البصرة ، ويروى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال ياأمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلالة منزوح بينهم أفأوصي بمالي كله ؟ قال لا فلم يزل يحطه حتى بلغ العشر وقال اسحاق السنة الربع الا أن يكون الرجل يعرف في ماله حرمة شبهات أوغيرها فله استيعاب الثلث

بعد تبرعه بثلث ماله او اعطاء عطية في مرضه فاجاز ابوه وصيته وعطيته ثم اراد الرجوع فيما اجازه فله ذلك ان قلنا هي عطية مبتداة وليس له ذلك على القول بانها اجازة مجردة، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت له بوصية او عطية في مرض موتها ثم ماتت وخلفته واباه فاجاز ابوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ماذكرنا، ولو وقف في مرضه على ورثته فاجاوزا اوقف صح ان قلنا اجازتهم تنفيذ ولم يصح ان قلنا هي عطية مبتدأة ولانهم يكونون واقفين على انفسهم، ولافرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن احمد انه قال ان اوصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحا فله ان يوصي بما شاء يعني به العطية قاله القاضي اما لوصية فانها عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

(فصل) ولا يعتبر الرد والاجازة الا بعد موت الموصي فلو اجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال او بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي او مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وابي ثور وابن المنذر وابي حنيفة واصحابه، وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والازراعي وابن أبي ليلى ذلك جائز عليهم لان الحق للورثة فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فلهم ان يرجعوا وان كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم

ولنا انهم اسقطوا حقوقهم فيمالم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة اذا اسقطت صداقها قبل النكاح او

ولنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يريد قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) وروي أن أبا بكر وعليا رضي الله عنهما أوصيا بالخمس ، وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالربع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخمس أحب اليهم من الثلث فهو منتهى الجامح ، وعن العلاء بن زياد قال أوصى أبي أن أسأل العلماء أي الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصية فتتابعوا على الخمس .

(فصل) والافضل أن يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم قال ابن عبد البر لاخلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للوالدين والاقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » وبقي سائر الاقارب على الوصية لهم وأقل ذلك الاستحباب ، وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد

اسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم الوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) واذا وصى بأكثر من الثلث فاجاز الوارث الوصية وقال انما اجزتها ظنا ان المال قليل فبان كثيرا فان كانت للموصي بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله الا على قول من قال الاجازة هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزلت منزلة الابراء فلا يصح في المجهول والقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم ويحتمل ان لا يقبل قوله لانه اجاز عقدا له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو اجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب او خيار وان اوصى بمعين كعبد او فرس يزيد على الثلث فاجاز الوصية بها ثم قال ظننت المال كثيرا تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلا او ظهر عليه دين لم اعلمه لم تبطل الوصية لان العبد معلوم لا جهالة فيه ويحتمل ان يملك الفسخ لانه قد يسمح بذلك ظنا منه انه يبقى له من المال ما يكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فملك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة الا من جائز التصرف، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الاجازة منهم لانها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة ، وأما المحجور عليه لفلس فان قلنا الاجازة هبة لم تصح منه لانه ليس له هبة ماله وان قلنا هي تنفيذ صحت

الموت فان أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول أكثر أهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي والشافعي واسحاق وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته ، وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد للذي أوصى له ثلث الثلث والباقي يرد إلى قرابة الموصي لانه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي يرد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله .

ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير أقاربه ولانها عطية فجازت لغير أقاربه كالعطية في الحياة

﴿مسئلة﴾ (فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله وعنه لا يجوز الا الثلث)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من ورائه عصبة ولا ذا فرض فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ثبت ذلك عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق و اسحاق وأهل العراق والرواية الاخرى لا يجوز إلا الثلث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لان اعتبار الوصية بالموت)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو أوصى لثلاثة اخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا بالاجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا من غير اجازة اذا لم تتجاوز الوصية الثلث ، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لاخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما نصفين ولا يجوز للاخ من الابوين لانه وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وغيرهم ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لاخيه من أبويه ولا لاخيه من أمه وجازت لاخيه من أبيه ، فان مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضا لانه صار وارثا

(فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما الا بالاجازة من الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث الا أنه أن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لاتعطى أكثر من ميراثها لانه يتهم في انه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذلها ذلك كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث

(فصل) وإن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه ، وإن

لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في اكثر من الثلث كما لو ترك وارثاً ولان المسلمين يرثونه وهو بيت المـال .

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » وههنا لاوراث له يتعلق حقه بماله فأشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم اشبه حال الصحة والثلث

(فصل) وان خلف ذا فرض لا يرث جميع المال كبنت او أم لم تكن له الوصية باكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم لا يرثني إلا ابنة فمنعه النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث، ولانها تستحق جميع المال بالفرض والرد فأشبه العصبة وان كان للميتة زوج أو كان للرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أودين) وقيل تبطل في قدر فرضه من الثلثين فاذا كان للميتة زوج فله الثلث وإن كان للميت امرأة فلها السدس وهو ربع الباقي بعد الثلث والباقي للموصى له وهذا أولى إن شاء الله تعالى لان الثلث ليس للوارث فيه أمر إنما اجازته ورده في الثلثين ولم ينقص عليه منهما شيء فأما ذوو

أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن احمد أنها تعتق وترث وهذا اختيار أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لانها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقها مانع من موانع الارث وهي الرق والقتل واختلاف الدين فترث كما لو كان أعتقها في صحتها ، وقال الشافعي تعتق ولا ترث لانها لو ورثت لكان اعتاقها وصية لوارث فيؤدي توريثها الى اسقاط توريثها لان ذلك يقتضي ابطال عتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها فكان ابطال الارث وحده وتصحيح العتق والنكاح أولى

(فصل) وإن أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر ، فان مات ولم يملك شيئا آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها . وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئان فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شيء للميت سواها فتجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي للورثة ، وإن أحب الورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعاها وعتق منها سبعاها ويسترقوا الخمسة أسباعها فلهم ذلك وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي وتسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها ، فان كان ذلك مهر الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال ، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها وانما قل العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها انتقص المال به فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها ، وحسابها أن تقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية

الارحام فظاهر كلام الخرقي أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لانه قال ومن أوصى بجميع ماله ولا عصبة له ولا مولى فجائز وذلك لان ذا الرحم إرثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ، ولا تجب نفقتهم في الصحيح ويحتمل كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث لان له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام « إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ولانهم ورثة يستحقون ماله بعد موته فأشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه أو قال أوصيت لفلان بثلثي على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض ، فأما المسئلة الثانية فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صحت ههنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فههنا مثله لان بيت المال جعل كالوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون

ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه . فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وذلك يعدل مثلي ماعتق منها . وحسابها أن تجعل السبعة الاشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ، وان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها ، وان أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضى بعتقها ونكاحها ولا مهر لها لان ايجابه يفضي إلى إسقاطه واسقاط عتقها ونكاحها فاسقاطه وحده أولى ، وان كان قد دخل بها عملنا فيها على ماتقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كالو تزوجها وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي في مثل هذه المسألة التي قبل الاخيرة ما يقتضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها فانه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لامال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح لان المائتين صداق مثلها وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ . وهذا غير جيد فان ذلك يفضي إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المال ولا أعلم به قائلا ولو أنه اتلف المائتين او أصدقهما لامرأة أجنبية ومات ولم يخلف شيئا لبطل عتق ثلثي الامة فاذا أخذتهما هي كان أولى في بطلانه والصحيح ماذكرنا إن شاء الله تعالى ، وقال ابو حنيفة فيما اذا ترك مثلي

المال إذا عين الوصية من نصيب العصبة منهم ، فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لاجنبي ولا لوارثه بشيء إلا باجازة الورثه)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فان أجازوه جاز وان ردوه بطل في قول أكثر العلماء لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال أوصي بمالي كله ؟ قال « لا - الحديث الى أن قال - فالثلث والثلث كثير » وقوله عليه السلام « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم » يدل على أنه لاشيء له في الزائد عليه وحديث عمران ابن حصين في المملوكين الستة الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم . فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم تجز الورثة وتجوز باجازتهم لان الحق لهم وقد قيل ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة كما يذكر فيما اذا أوصى للوارث ، وحكم الوصية للوارث كالحكم في الوصية لغيره بالزيادة على الثلث في أنها تبطل بالرد بغير خلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبدالبر أجمع أهل العلم على هذا

قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطى مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فاما ان خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لاترث وهو مقتضى قول الخرقي لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته الى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه تحسب عليه قيمته أيضا وتضم الى التركة ويبقى للورثة ستون ، وقال الشافعي لايرث شيئا وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الخرقي ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لايملك غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لانها وصية لوارث ولها صداقها وربع الباقي بالميراث فان ماتت قبله صحت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشيء بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة الاشيء ثم رجع اليهم نصف مالها وهو ديناران ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الانصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج أن الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وان خلفت مع ذلك دينارين عاد الى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية ونصف الانصف شيء اجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته ستة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمس

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فروى أبو أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي ولان النبي صلى الله عليه وسلم منع من تفضيل بعض ولده على بعض في حال الصحة مع إمكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى فان أجازها باقي الورثة جازت في قول الجمهور من أهل العلم وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وان أجازها الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد رحمه الله في رواية حنبل لا وصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وقول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي ان الوصية صحيحة في نفسها لانه تصرف صدر من اهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه «إلا أن يجيز الورثة» والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلا

(فصل) واذا أوصى بجارية لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح لان النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب أن الموصى له انما يملك بالقبول فحينئذ ينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي ، وان أتت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون حاملا به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر منذ أوصى . فالصحيح أنه يكون موصى له معها لان الحمل حكما ، ولهذا تصح الوصية به ، واذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع امه فيصير كما لو كان منفصلا فأوصى بهما جميعاً وفيه وجه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما ثبت له الحكم عند انفصاله كانه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له

(الحال الثاني) أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حدثته بعدها فلم يتناوله والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا نثبته بالشك فيكون مملوكا للموصي ان ولدته في حياته وان ولدته بعده وقلنا الحمل حكم فكذلك وإن قلنا لا حكم له فهو للورثة إن ولدته قبل القبول ولا بينة إن وضعته بعده وكل موضع كان الولد للموصى له فانه يعتق عليه لانه ابنه وعليه ولاء لابيه لانه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير أم ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

علي صحة الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة ، وفائدة الخلاف ان الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت وان كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) وان أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبها المال فهي كالوصية له وان عفى عن القصاص وقلنا الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال وان عفى عن حد القذف سقط مطلقاً ، وان وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هي وصية الوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفى دينه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه ، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طاوس في قوله تعالى فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته رواه سعيد وقال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول أيضا فهو للوارث في ظاهر المذهب لان الملك انما ثبت للموصى له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر أن الحمل حكما فيكون حادثا عن ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها أم ولد لكونها علقت منه بحر في ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرناه ، وقال أبو حنيفة اذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لانها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسري الى الولد كالاستيلاد

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب واذا أوصى بعتق جارية فولدت، و تفارق الاستيلاد لان له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما اذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فانه يكون له منه ههنا بقدر ماملك من أمه ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ماملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرقي كما اذا استولد الامة المشتركة ، قال القاضي تصير منها أم ولد بقدر ماملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان

﴿ مسئلة ﴾ (فان وصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبنتاً وعبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى للابن بالعبد وللبنت بالامة صحت الوصية في أحد الوجهين) لان حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله فانه يصح إذا كان بثمن المثل وان تضمن فوات عين المال (والثاني) يقف على إجازة الورثة لان في الاعيان غرضاً صحيحاً فكما لا يجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه

(مسئلة) (وإن لم يف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وأدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته وعنه يقدم العتق)

إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث فرد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية كمسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصي لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فكان

وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء اذا علم الموصي بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصي له لانه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

ولنا أنها عطية صادفت المعطي ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا وذلك لان الوصية عطية بعد الموت واذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ، وإن سلمنا صحتها فان العطية صادفت حيا بخلاف مسألتنا

(فصل) ولا تصح الوصية لميت وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لان الغرض نفعه بها وبهذا يحصل له النفع فأشبه مالو كان حيا

ولنا أنه أوصى لمن لاتصح الوصية له اذا لم يعلم حاله فلم تصح اذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فان الوصية تصح له في الحالين ، ولانه عقد يفتقر إلى القبول فلم يصح للميت كالهبة . اذا ثبت هذا فاذا أوصي بثلثه أو بمائة لاثنين حي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله وهذا قول أبي حنيفة واسحاق والبصريين . وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد: اذا قال هذه المائة لفلان وفلان فهي للحي منهما ، وإن قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري في أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين ، وقال أبو الخطاب عندي انه اذا علمه ميتا فالجميع للحي، وإن لم يعلمه ميتا فللحي النصف . وقد نقل عن أحمد مايدل على هذا القول فانه قال في رواية ابن القاسم اذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتا فللحي خمسون فقيل له أليس اذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان؟ فقال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك ؟ فعلى هذا اذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لاتصح مثل أن يوصي

ثلثها فيعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك صاحب المائة ولصاحب الخمسين سدسها ولفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان وان كان فيها عتق ففيها روايتان (احداهما) أن الثلث يقسم بين الوصايا والعتق كما لو لم يكن فيها عتق وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا (والرواية الثانية) يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا على قدر وصاياهم روي ذلك عن عمر وبه قال شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري واسحاق لان فيه حقا لله وللآدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ولانه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلاناً كذا أو اعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها لانها تلزم بالموت فتتساوى كلها .

لفلان وللملك وللحائط أو لفلان الميت فالموصى به كله لمن تصح الوصية له إذا كان عالما بالحال لانه إذا شرك بينهما في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له، وان لم يعلم الحال فلمن تصح الوصية له نصفها لانه قصد ايصال نصفها اليه وإلى الآخر النصف الآخر ظنا منه أن الوصية له صحيحة، فاذا بطلت الوصية في حق أحدهما صحت في حق الآخر بقسطه كتفريق الصفقة، ووجه القول الاول أنه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما، أو كما لو لم يعلم الحال، فأما ان وصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللآخر نصف الوصية لا نعلم في هذا خلافا، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حيا أو ميتا لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه

﴿مسئلة﴾ قال (وان رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية)

لا يخلو إذا رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد ههنا لان الوصية لم تقع بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولانه ليس بمحل القبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية (والثانية) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالثة) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة

(فصل) اذا أوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه ويجبره الحاكم عليه ان أبى لانه حق واجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية وان أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم إعتاقه فان كانت الوصية بعتقه الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم يمتنع كالوكيل في الحياة:

﴿مسئلة﴾ (وان أجاز الورثة الوصية جازت)

لان الحق لهم وان ردوها بطلت بغير خلاف لان الحق لهم فجاز باجازتهم وبطل بردهم واجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذاهب لان ظاهر المذهب أن الوصية للوارث وللاجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على اجازة الورثة فعلى هذا تكون اجازتهم تنفيذا واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت او نفذت فاذا قال ذلك لزمت الوصية ولا خلاف في تسميتها اجازة فعلى هذا لا تفتقر الى شروط الهبة ولا تثبت فيها أحكام الهبة لانها ليست هبة وقال بعض اصحابنا الوصية باطلة فعلى هذا تكون هبة تفتقر الى شروط الهبة وتثبت فيها أحكامها فلو كان المجيز أبا للمجاز له لم يكن له الرجوع

بذلك فتكون هبة منه لم تفتقر الى شروط الهبة (الرابعة) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد لانه لايستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان (أحدهما) يصح الرد في الجميع ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن الشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لايصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للورثة جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم وانما خرج بالوصية فاذا بطلت الوصية رجع الى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لان رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه ولانه لم يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به واحداً من الورثة لانه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه الى أجنبي فملك دفعه الى وارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ماأردت بقولك لفلان؟ فان أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها وان قال أردت ردها الى جميعهم ليرضى فلان عادت الى جميعهم إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى قال أحمد إذا قال

فيه اذا قلنا إنها إجازة مجردة وان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع ولو أعتق عبداً لا مال له سواه في مرضه أو وصى بعتقه فأعتقوه بوصيته نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة فان أجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله على قولنا بصحة اعتاقه ووصيته وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا وان قلنا الوصية باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشروه بالاعتاق ولو تزوج رجل ابنة عمه فاوصت له بوصية أو أعطته في مرض موتها ثم ماتت وخلفته وأباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فليس له ذلك ان قلنا هي تنفيذ وله الرجوع ان قلنا هي هبة مبتدأة ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح ان قلنا اجازتهم تنفيذ وان قلنا هي عطية مبتدأة انبنى على صحة وقف الانسان على نفسه على ما ذكر من الخلاف فيه

(فصل) ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال ان وصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء قال القاضي يريد بذلك العطية أما الوصية فهي عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

أوصيت لرجل بألف فقال لا أقبلها فهي لورثته يعني لورثة الموصي

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه إذا كان موته بعد موت الموصي)

اختلف أصحابنا فيما اذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فذهب الخرقي الى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لانه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وذهب أبو عبدالله بن حامد الى أن الوصية تبطل لانه عقد يفتقر الى القبول، فاذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة قال القاضي هو قياس المذهب لانه خيار لا يعتاض عنه فيبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكما بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصي وانما الخيار للموصى له وإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئا على أن الخيار له فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لاحدهما ، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذي ذكرنا ، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين اللذين ذكرناهما وهو انه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لانه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي

﴿ مسئلة ﴾ (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية، وان أوصى له وهو غير وارث فصار عند الموت وارثاً بطلت لان اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت ، فلو وصى لثلاثة اخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا باجازة الورثة ، وان ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير اجازة اذا لم تتجاوز الثلث ، وان ولد له بنت جازت الوصية لغير الاخ من الابوين فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما، ولا يجوز للاخ من الابوين لانه وارث، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلاف ذلك ولو وصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لاخيه من أبيه ، وان مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضاً لانه صار وارثاً

(فصل) ولو وصى لامرأة أجنبية وأوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتها الا باجازة الورثة وان أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث الا أنه ان طلقها في مرض موته

ولنا على إبطال قولهم انه عقد يفتقر الى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقابل حصته وبطلت الوصية في حق من رد . فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فان فعل غيره لم يصح فاذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك ، وان كان الحظ في ردها فقبلها لم يصح قبوله لان الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه ، فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موسر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين قبول الوصية لان في ذلك نفعا للمولى عليه لعتق قرابته وتحريره من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

(فصل) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء اذا كانت لمعين يمكن القبول منه لانها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما ان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبني هاشم وتميم

فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لانه يتهم أنه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذلها ذلك كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها

(مسألة) (ولا تصح اجازتهم وردهم الا بعد موت الموصي وما قبل ذلك لا عبرة به)

فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لموروثهم بالوصية في حياته بجميع المال او بالوصية لبعض الورثة ثم بدالهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي او مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن ابن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة واصحابه وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى ذلك جائز عليهم لان الحق للورثة فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كالورضي المشتري بالعيب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فلهم ان يرجعوا وان كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فكذلك جائز عليهم

ولنا أنهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة إذا اصدقت صداقها قبل النكاح او أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية فلم تصح فيها اجازتهم كما قبل الوصية .

أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لان اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ولان الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ماذكرنا من المسئلة وانما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزيء ماقام مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون الا بعد موت الموصي لانه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده فاذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي

وذكر أبو الخطاب في المسئلة وجها آخر انه اذا قبل تبينا ان الملك يثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لان ماوجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الايجاب كالهبة والبيع ولانه لايجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لان الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولان الارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جماداً لا يملك شيئا ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور : ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا انه تملك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولان القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولان القبول لايخلو من ان يكون شرطا أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولان الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل : فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطا في وقوع الطلاق ، وانما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال: اذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح،

﴿مسئلة﴾ (ومن اجاز الوصية ثم قال انما اجزت لاني ظننت المال قليلا فالقول قوله مع يمينه وله الرجوع بما زاد على ما ظنه في اظهر الوجهين الا ان تقوم به بينة)

وجملة ذلك انه إذا وصى بزيادة على الثلث فأجاز الوارث الوصية ثم قال إنما اجزتها ظنا ان المال قليل فبان كثيرا فان كانت للموصى له بينة تشهد باعترافه بقدر المال او كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله اذا قلنا الاجازة تنفيذ فان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه ولم يكن المال ظاهراً فالقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزلت منزلة الابراء فلا تصح في المجهول فالقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم فاذا وصى بنصف ماله فأجازه الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسمائة لانه رضي باجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسمائة فكانت الفاً فيرجع بخمسمائة فيحصل للموصى له الفان وخمسمائة

وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فانه لا ينتقل الا بعد القبول فهو كمسئلتنا غير أن مابين الايجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسئلتنا . قولهم : ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فانما المراد به وصية مقبولة بدليل انه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل ان يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية) اي الحكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية وان سلمنا ان الملك لا يثبت للوارث فانه يبقي ملكا للميت كما اذا كان عليه دين وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فانه يبقي ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز ان يتجدد له ملك في ديونه اذا قتل وفيما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز ان كان قبل تجهيزه فهذا يبقي على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الموصي قبل تمام السبب فان رد الموصى له او قبل انتقل حينئذ فان قلنا بالاول وانه ينتقل الي الوارث فانه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة فلو باع الموصى به او رهنه او اعتقه اوتصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل ان تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فاذا ماتت انتقل الملك فيه الى ابنه الى حين القبول ولا يعتق عليه والله اعلم

وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لانه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو اجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار أو أقر بدين ثم قال غلطت

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان المجاز عيناً أو فرسا يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت باقي المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلا أو ظهر عليه دين لم اعلمه تبطل الوصية) لان العبد معلوم لاجهالة فيه ، وفيه وجه آخر انه يملك الفسخ لانه قد يسمح بذلك ظنا منه ان يبقى له من المال ما يكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فملك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة إلا من جائز التصرف ولا تصح من الصبي والمجنون والمحجور عليه للسفه لانها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة ، فأما المحجور عليه لفلس فتصح منه ان قلنا هي تنفيذ وإن قلنا هي هبة لم تصح منه لانه ليس له هبة ماله

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت فأما رده وقبوله قبل ذلك فلا عبرة به)

يشترط لثبوت الملك للموصى له شرطان (احدهما) القبول إذا كانت لمعين يمكن القبول منه في قول جمهور الفقهاء لانها تمليك مال لمن هو من اهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع قال احمد الهبة

(فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)

(من ذلك) انه اذا احدث الموصى به نماء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والنتاج والكسب فهو للورثة وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ولو اوصى بأمة لزوجها فاولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الاصل ولا ولاء عليه وامه ام ولد لانها علقت منه بحر في ملكه وان مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثه قبولها فان قبلها ملك الجارية وولدها وان كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئا وعلى الوجه الآخر تكون الجارية ام ولد ويرث الولد اباه فان كان يحجب الوارث القابل حجبه، وقال أكثر أصحاب الشافعي لا يرث الولد ههنا شيئاً لان توريثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضي الى الدور والى ابطال ميراثه فاشبه ما لو اقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث وقد ذكرنا في الاقرار ما يدفع هذا وان المقر به يرث فكذا ههنا ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الاقرار اقرار من هو وارث حال الاقرار والله اعلم

(ومن ذلك) لو اوصي لرجل بابيه فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئا لان حريته انما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر تثبت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضا لانه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته واذا لم يجز اعتباره لم يعتق

والوصية واحد فان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو لمن لا يمكن حصرهم كبني تميم أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لان اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ولذلك لو كان منهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء و أبوه فقير لم يعتق عليه ولان الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ماذكرنا من المسئلة وإنما يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فعيتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يحصل بما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع ويجوز القبول على الفور والتراخي (الثاني) أن يقبل بعد موت الموصي لانه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن تكون لولد الموصى له وقال عطاء إذا علم المريض بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له لانه مات بعد عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

فيؤدي توريثه الى إبطال توريثه وهذا فاسد فانه لوافر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة (ومن ذلك) انه لومات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه وان كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له ، وعلى الوجه الاخر يتبين ان الملك كان ثابتا للموصى له وانه انتقل منه الى وارثه فتنعكس هذه الاحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته (ومن ذلك) ان الموصى به لو كان امة فوطئها الوارث فاولدها صارت ام ولده وولدها حر لانه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له اذا قبلها ، فان قيل كيف قضيتم بعتقها ههنا وهي لا تعتق باعتاقها ؟ قلنا الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم ، وعلى الوجه الاخر يكون ولده رقيقا والامة باقية على الرق ، وان وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولا لها وثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك فاقدامه عليه دليل على اختياره الملك فاشبه مالو وطيء من له الرجعة الرجعية او وطيء من له الخيار في البيع الامة المبيعة او وطيء من له خيار فسخ النكاح امرأته

(فصل) وتصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول ان مت فثلثي للمساكين أو لزيد ، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضي هذا او في هذه البلدة او في سفري هذا فثلثي للمساكين فان برأ من مرضه أو قدم من سفره او خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة . قال

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح كما لو وهب ميتاً وذلك لان الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً وان سلمنا صحتها فان العطية صادفت حيا بخلاف مسئلتنا.

﴿مسئلة﴾ (وان ردها بعد موته بطلت أيضاً)

لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال (احدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد لان الوصية لم تقع بعد أشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولانه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية (الثاني) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فاشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة (الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول وان كان غير ذلك لم يصح لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ، ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان

احمد فيمن وصى وصية ان مات من مرضه هذا او من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك ان قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك ، وان كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتابا او كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي ، وقال للآخر أنت حر ان مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير ، وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ماشرطه له وكذلك في سائر الشروط فان النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم»

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى يعطى سهما مما تصح منه الفريضة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما أوصي بسهم فروي عنه ان للموصى له السدس وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن واياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانية أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهما صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا مالم يزد

(أحدهما) يصح الرد في الجميع فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهو المنصوص عن الشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد ويرجع الموصى به الى التركة فيكون الجميع للوارث لان الاصل ثبوت الحق لهم وإنما خرج بالوصية فاذا بطلت رجع إلى ما كان عليه كان الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحداً فقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لان رده امتناع من تملكه فبقي على ما كان عليه ولانه لا يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه إلى وارث يخصه به . وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به بعض الورثة لانه ابتداء هبة ولانه يملك دفعه الى أجنبي فملك دفعه إلى الوارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان؟ فان قال أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها وان قال أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان عادت إلى الجميع إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فمن قبل حصته منها

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله ما أقبلها وما أدي هذا المعنى قال أحمد إذا

على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق . وجه ذلك أن قوله سهما ينبغي أن ينصرف الى سهام فريضته لان وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سهما لك منها سهم ، وقال الخلال وصاحبه أقل سهما من سهام الورثة لان احمد قال في رواية أبي طالب والأثرم اذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهما من الفريضة قيل له نصيب رجل أو نصيب امرأة؟ قال أقل مايكون من السهام قال القاضي مالم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه الا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . ووجه هذا القول أن سهام الورثة انصباؤهم فيكون له أقلها لانه اليقين فان زاد على السدس دفع اليه السدس لانه أقل سهم يرثه ذوقرابة ، وقال ابو ثور يعطى سهما من أربعة وعشرين لانها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام ، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاء ولان ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو أوصى له بجزء أو حظ ، وقال عطاء وعكرمة لاشيء له

ولنا ماروى ابن مسعود أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولان السهم في كلام العرب السدس قال اياس بن معاوية السهم في كلام العرب السدس فتنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة ولان السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتنصرف الوصية اليه . اذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة الفروض أعيلت به ، وان كانت عائلة زاد عولها به ، وان

وصى لرجل بألف فقال لا أقبلها فهي لورثة الموصى له

(مسئلة) (وان مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه ذكره الخرقي وقال القاضي يبطل على قياس قوله) إذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه في القبول والرد كذلك ذكره الخرقي لانه حق يثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك حقاً فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وقال أبو عبدالله بن حامد تبطل الوصية لانه عقد يفتقر إلى القبول فاذا مات من له القبول قبل القبول بطل العقد كالهبة قال القاضي هو قياس المذهب لانه خيار لا يعتاض عنه فبطل كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصي وانما الخيار للموصى له فاذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات بعد انقضائه

ولنا على ان الوصية لا تبطل بموت الوصي أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لاحدهما ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل

كان فيها رد او كانوا عصبة أعطي سدسا كاملا قال احمد في رواية ابن منصور وحرب اذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس الا أن تعول الفريضة فيعطى سهما مع العول فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسئلة فيها زوج وأخت كان له السبع كما لو كان معهما جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث أخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة وللموصى له العشر على الروايات الثلاث ، وان كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فالموصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجا وأبوين وابنين فالمسئلة من خمسة عشرة وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الخلال لان أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الرواية الاخرى يكون للموصي سهم واحد يزاد على خمسة عشر فتصير ستة عشر وان كانوا زوجة وأبوين وابنا فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين وعلى الرواية الثانية يزاد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين وعلى قول الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة فتكون من سبعة وعشرين، وان كانوا خمسة بنين فللموصي السدس كاملا وتصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين فنزيد عليها سهما للوصي على احدى الروايات تصير احدا واربعين وعلى قول الخلال نزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الاولى نزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فنضربها في ستة ثم نزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان واربعون ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسهم جعلت ذا السهم كالام وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من اثنين وأربعين

بموت الآخر كالذي ذكرنا، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لان ثم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسئلتنا قول أصحاب الرأي

ولنا على إبطال قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة

إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له في الرد والقبول لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه فان رد الوارث الوصية بطلت وان قبلها صحت وان كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت الملك لمن قبل في حصته وبطلت الوصية في حق من رد فان كان منهم من ليس له التصرف قام وليه مقامه في ذلك وليس له أن يفعل إلا ما للمولي عليه فيه الحظ فان فعل غيره لم يصح ،فاذا كان الحظ في قبولها لم يصح الرد وكان له قبولها بعد ذلك وان كان الحظ في ردها لم يصح قبوله لها لان الولي لا يملك التصرف في حق المولي عليه بغير ماله الحظ فيه فلو وصى لصبي بذي رحم يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بان تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولي عليه موسر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر لكون

لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل ان يعطى ذو السهم السبع كاملا كانه أوصى له من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

(فصل) وإن أوصى بجزء أوحظ أونصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ماشاء ، ولا أعلم فيه خلافا وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لان كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في اللغة ولا في شرع فكان على اطلاقه

﴿مسألة﴾ قال (واذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل مالأقلهم نصيبا كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن واربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما للزوجات الثمن وهو اربعة ومابقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهما للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب أحدهم مزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وان كانوا يتفاضلون كمسئلة الخرقي فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم وان أوصى بنصيب وارث

الموصى به ذا كسب أو لكون المولي عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين القبول لان في ذلك نفعاً للمولي عليه لعتق قرابته من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وان قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح من المذهب) وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لان ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الايجاب كالهبة والبيع ولانه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لان الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أودين) والارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جماداً لا يملك شيئاً وللشافعي قول ثالث غير مشهور ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا أنه تمليك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولان القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولان القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ولان الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل فلو قال لامرأته انت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق وانما نتبين الوقت الذي يقع فيه الطلاق ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله

معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة وهذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لان نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وان كان له ابنان فالوصية بالنصف وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر الى عددهم فاعطي سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم

ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثلا له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية والعبارة تقتضي التسوية وإنما جعل له مثل أقلهم نصيبا لانه اليقين وما زاد فمشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهما من عددهم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولفظه انما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الاقل نصيب أحدهم فيصرفه الى الوصي لقول الموصي وعملا بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا ، وقوله تعذر العمل بقول الموصي غير صحيح فانه أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لما جاز أن يوجب في ماله حقا لم يأذن فيه ولم يأمر به، وقد مثل الخرقي في هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيدا وإن قال أوصيت بمثل نصيب اكثرهم ميراثا فله ذلك مضافا الى المسألة فيكون له في مسألة الخرقي ثمانية وعشرون تضم الى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما

بشهر لم يصح، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فانه لا ينتقل الا بعد القبول فهو كمسئلتنا غير ان ما بين الايجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسئلتنا ، قولهم ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل الا أن يمنع منه مانع فأما قول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قلنا المراد به الوصية المقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلكم الربع من بعد وصية يوصى بها) أي لكم ذلك مستقر ولا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية وان سلمنا أن الملك لا يبقى للوارث فانه يبقى ملكا للميت كما اذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فانه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في ديته اذا قتل وفيما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز ان كان قبل تجهيزه فهذ يبقى على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الوصي قبل تمام السبب فان رد الموصي له أو قبل انتقل حينئذ فان قلنا بالاول وانه ينتقل الى الوارث فانه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة

(فصل) وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه وهذا قول مالك واهل المدينة والاوزاعي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود . والوجه الثاني لاتصح الوصية وهو الذي ذكره القاضي وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه لانه أوصى بما هو حق الابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني. أو بما يأخذه ابني، وجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان امكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أي بمثل نصيب وارثي، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورائه كلهم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني فله مثلا نصيبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين وقوله (فآتت أكلها ضعفين) أي مثلين واذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فاولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا - وقال - وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتملت قال الأزهري الضعف المثل فما فوقه . وأما قوله ان الضعفين المثلين فقد روى ابن الانباري عن هشام بن معاوية النحوي قال : العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول إن أعطيتني درهما فلك ضعفاه أي مثلاه وافراده

فلو باع الموصى به أو رهنه او أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فاذا ماتت انتقل الملك فيه الى ابنه حين القبول ولا يعتق عليه

﴿مسئلة﴾ (فما حصل من كسب أو نماء منفصل في الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول كالولد والثمرة والكسب فهو للورثة على الوجه الاول)

لانه ملكهم فان كان متصلا تبعها لانه يتبع في العقود والفسوخ

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول فأولدها صارت أم ولد له وولدها حر لانه وطئها في ملكه)

وعليه قيمتها للوصي اذا قبلها لانه فوتها عليه ولا مهر عليه ولا تلزمه قيمة الولد لذلك ، فان قيل فكيف قضيتم بعتقها ههنا وهي لا تعتق باعتاقه؟ قلنا الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم ، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقا والامة باقية على الرق فان وطئها الموصى له قبل ذلك كان قبولا لها ويثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك

لا بأس به الا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو مثله وضعفاه هو مثلاه وثلاثة أضعافه ثلاثة أمثاله وعلى هذا

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعفي نصيب ابني فله مثلا نصيبه ، وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله هذا الصحيح عندي وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا إن أوصى بضعفيه فله ثلاثة أمثاله وإن وصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله، وعلى هذا كلما زاده ضعفا زاده مرة وهذا قول الشافعي. واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور ضعفاه أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لانه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه فتثنيته مثلا مفرده كسائر الاسماء

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين) ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات فان الله تعالى انما يريد تضعيف الحسنات على السيئات وهذا هو المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه فيه غيره وأنكروا قوله . قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين

وقد نقل معاوية بن هشام النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع مادل عليه كلام الله تعالى العزيز وقول المفسرين من التابعين وغيرهم

فاقدامه عليه دليل على اختياره الملك فأشبه ما لو وطيء من له الرجعة زوجته الرجعية أو وطيء من له الخيار في البيع الامة المبيعة أو وطيء من له خيار فسخ النكاح امرأته

﴿مسألة﴾ (وان وصى له بزوجته فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث) وعلى الوجه الاخر يكون حر الاصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لانها علقت منه بحر في ملكه

﴿مسألة﴾ (وان وصى له بأبيه فمات قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به ولم يرث شيئا)

وجملة ذلك أنه اذا وصى له بأبيه فمات الموصى له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول فلوارثه قبولها على قول الخرقي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى فان قبلها ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئاً لان حريته إنما حدثت حين القبول بعد ان صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر تثبت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضا لانه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته واذا لم يجز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا فاسد فانه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة ومن

أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ اليه أولى من تخطئة ماذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف النقل فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس والله أعلم

(فصل) وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يوصي بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقا أو مخالفا لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له لانه لا نصيب له فمثله لاشيء له

(فصل) وإن أوصى لرجل بثلث ولآخر بربع ولآخر بخمس ولآخر بمثل وصية أحدهم فله الخمس، وإن وصى لرجل بعشرة ولآخر بستة ولآخر بأربعة ولآخر بمثل وصية أحدهم فله أربعة لانها اليقين، وإن قال فلان شريكهم فله خمس مالكل واحد منهم، وإن وصى لأحدهم بمائة ولآخر بدار ولآخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف مالكل واحد منهم ذكرها الخبري لانه ههنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي التسوية فلهذا كان له النصف بخلاف الاولين فانهم كلهم مشتركون، وقال ابن القاسم له الربع في الجميع

(فصل) ولو أوصي بمثل نصيب وارث لو كان فقدر الوارث موجوداً وانظر مالموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه فان خلف ابنين واوصى بمثل نصيب ثالث فالموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فالموصى له السدس وعلى هذا أبداً ولو خلفت زوجا واوصت

فروع ذلك أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه فان كان منهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له وعلى الوجه الاخر تبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وان انتقل منه الى وارثه فتنعكس هذه الاحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ويحتمل أن يثبت الملك من حين الموت فتنعكس هذه الاحكام وقد ذكرناه

(فصل) وتصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول ان مت فثلثي للمساكين أو لزيد والمقيدة أن يقول ان مت في مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين فان برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة قال أحمد فيمن وصى وصية ان مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك ان قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك وان كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فالوصية بحالها ما لم ينقضها.

بمثل نصيب ام لو كانت فالموصى له الخمس لان للام الربع لو كانت فيجعل له سهما مضافا الى اربعة يكن خمسا فقس على هذا

﴿مسألة﴾ قال (واذا خلف ثلاثة بنين واوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له الربع)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي وعند مالك وموافقيه للموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة وقد دللنا على فساده ولو خلف ابنا واحداً واوصى بمثل نصيبه فالموصى له النصف في حال الاجازة والثلث في حال الرد وعند مالك للموصى له في حال الاجازة جميع المال

(فصل) فان خلف بنتا واوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله ان يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ويقتضي قول مالك ان الموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فان خلف ابنتين واوصى بمثل نصيب احداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد انها من اربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربعه، ويقتضي قول مالك ان الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة، فان خلف جدة وحدها واوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا ان المال بينهما نصفين وقياس قول من لا يرى الرد انها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك ان الموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال

(فصل) واذا خلف ثلاثة بنين واوصى لثلاثة بمثل انصبائهم فالمال بينهم على ستة ان اجازوا

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا تتعداه كما ذكرناه وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي وقال للآخر أنت حر ان مت من مرضي هذا فمات من مرضه فالعبدان سواء في التدبير وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه وكذلك سائر الشروط فان النبي ﷺ قال « المسلمون على شروطهم »

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (ويجوز الرجوع في الوصية)

اتفق أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في كل ما وصى به وفي بعضه الا الوصية بالاعتاق فقد اختلف فيها فالاكثرن على جواز الرجوع فيها أيضاً روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير ما شاء منها الا العتق لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

وازردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين الابنين على ثلاثة فان اجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي المجاز له وجهان احدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول ابي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهو ثمانية عشر يبقى احد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن احد عشر (والوجه الثاني) أن يضم المجاز له الى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم اربعة لا تنقسم فتضرب اربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فان اجاز الورثة بعد ذلك الاخرين اتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداسا على الوجه الاول وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلاثين الى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقتسمونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، وان اجاز احد البنين لهم ورد الآخران عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزوا الاربعة أتساع ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة اضربها في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن اربعة وخمسين والله اعلم

(فصل) واذا وصى لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان (احدهما) يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث ان أجازوا وان ردوا اقسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الاجازة والثلثان بين الورثة (والوجه الثاني) ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها وهذا قول يحيى بن آدم. مثاله

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهبة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه، وأما التدبير فلنا فيه منع وان سلم فان الوصية تفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة

(مسئلة) (فاذا قال قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو نحو ذلك كقوله غيرتها بطلت)

لانه صريح في الرجوع وان قال في الموصى به هو لورثتي أو في ميراثي فهو رجوع لان ذلك ينافي كونه وصية

(مسئلة) (وان قال ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا)

وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره أن ما أوصى به مردود الى الثاني أشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لفلان وأوصيت بها لفلان

(مسئلة) (وان وصى به لآخر ولم يقل ذلك فهو بينهما) إذا وصى لانسان بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى لرجل بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما وليس ذلك رجوعا

رجل اوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بمثل نصيب احد بنيه وهم ثلاثة فعلى الوجه الاول للموصى له بالثلث الثلث ومابقي بين البنين والوصي على اربعة وتصح من ستة لصاحب الثلث سهمان والآخر سهم فان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والثلثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث وللاخر الربع ان اجيزلهما وان ردعليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلثان للورثة ، وتصح من ثلاثة وستين ، وان كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ربعه لان الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء إلا باجازتهم ورضاهم فيكون صاحب النصيب كواحد منهم لا ننقص من السدس شيئا إلا باجازته ، فعلى الوجه الاول لصاحب الجزء النصف والباقي بين الآخر والبنين على أربعة ، وتصح من ثمانية إن أجازوا . وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة والثلثين بين البنين على ثلاثة ، وتصح من خمسة وأربعين . وعلى الوجه الثاني لصاحب النصف النصف وللآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، وتصح من اثني عشر وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللاخر السدس ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر ، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على أربعة وتصح من ستة وثلاثين ، وان أوصى لصاحب الجزء بالثلثين فعلى الوجه الاول لصاحب النصف ربع الثلث سهم من اثني عشر إن أجازوا وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة وعلى الوجه الثاني يكون له الربع في حال الاجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر ، وعلى الوجه الثالث يكون له السدس في الاجازة وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى

في الوصية الاولى وبه قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للاخير منهما لانه وصى للثاني بما وصى به للاول فكان رجوعا كما لو قال ما وصيت به لفلان فهو لفلان ولان الثانية تنافي الاولى فاذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال هذا لورثتي

ولنا انه وصى بها لهما فاستويا فيها كما لو قال وصيت لكما بهذه العين وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته للاول وفي مسئلتنا يحتمل انه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك

(فصل) اذا وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما أرباعاً وعلى قول الآخرين ينبغي ان يكون للثاني ثلثه كاملا وان وصى بعبده لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وان وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ورد احد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملا لانه وصى له به منفرداً وزالت المزاحمة فكمل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن اباه وصى بالثلث لرجل وأقام آخر شاهدين أنه أوصى له بالثلث، فرد الوارث الوصيين وكان الوارث رجلا عدلا وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا في

لرجل بجميع ماله ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته فعلى الوجه الاول لا يصح للوصي الآخر شيء في اجازة ولا رد وعلى الثاني يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة في الاجازة والثلث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة في الاجازة والثلث على سبعة في الرد

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضا ثلاثة أوجه (احدها) أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية اخرى (والثاني) أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع : ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بنصف ما بقي من المال فعلى الوجه الاول لصاحب النصف الربع وللآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانية وعلى الثاني له السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحهما ، وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعملها طرق (أحدها) أن نأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً تصير أربعة فتضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهما يبقى سبعة فهي المال فللموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة واكل ابن سهم (طريق آخر) أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكن سبعة (طريق ثالث) ويسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هي بقية مال ذهب نصفه فاذا أردت تكميله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيبا وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة .

الثلث ، وبهذا قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وان كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن شهدت له البينة ، لان وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد ، أو أقر لآخر به بكلام متصل فالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لانه ثبت للاول باقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول إلا أن يكون عدلا فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للاول ببينة ، وان أقر للثاني في المجلس بكلام منفصل ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبه مالو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن باعه أو وهبه أو رهنه كان رجوعا)

إذا وهب الموصى به أو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو أتلفه أو كان ثوبا ففصله ولبسه

وبالجبر تأخذ مالا فتلقي منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا وتدفع نصف الباقي إلى الوصي الآخر يبقى نصف مال الا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفا كاملا يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة

(فصل) فان كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال تدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهما الى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفا وتضربها في المخرج تكن إحدى وعشرين وبالثالث تعمل كما عملت في الاولى فاذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيبا تدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين الى ابنين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فاذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا فتلقي منه ثلثه نصيبا وتدفع الى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين يصير ثلاثة و نصفا تعدل خمسة أسداس أقلب وحول يصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن احدى وعشرين

أو جارية فأحبلها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه اذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو وهبه أو تصدق به أو بجارية فأحبلها أو أولدها فانه يكون رجوعا ، وكذلك ان باعها ، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لانه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعا كما لو وهبه وان عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له كان رجوعا لانه يدل على اختياره للرجوع ووصيته ببيعه أو اعتاقه رجوع لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى وان رهنه كان رجوعا لأنه علق به حقاً يجوز بيعه ، فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لاصحاب الشافعي لانه لا يزيل الملك أشبه اجارته

﴿ مسئلة ﴾ (وان كاتبه أو دبره أو جحد الوصية فعلى وجهين)

(أحدهما) يكون رجوعا لان الكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لانه ينتجز بالموت فسبق أخذ الموصى له وجحد الوصية رجوع لانه لا يدل على الرجوع ولأن جحده يدل على أنه لا يريد ايصاله إلى الموصى له .

(فصل) فان اوصى لثالث بربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن اربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحدا تصر أربعة واضربها في اربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الاربعة وعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعها لاجل الوصية يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال إحدى وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت إحدى وعشرين ضربتها في أربعة من اجل الربع تكن اربعة وثمانين وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهما والى صاحب الربع سهما ونصفا وثلاثة ارباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة اسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثة انصباء فأسقط نصيبا وربعا بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيبا وثلاثة ارباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الا نصيبا تكن ستة فصار المال اثني عشر ومنها يصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن سهمان وهذا أخصر واحسن وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربع الا نصف نصيب يعدل

و (الثاني) لا يكون رجوعا لأن الكتابة والتدبير لا يخرج بهما عن ملكه ولان الوصية عقد فلا تبطل بالجحود كسائر العقود وهو رواية عن أبي حنيفة .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا)

لانه يتعذر تسليمه فيدل على رجوعه ، وان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لانه لا يمنع التسليم وان أزال اسمه فطحن الحنطة أو عجن الدقيق أو خبز الحنطة أو جعل الخبز فتيتاً فهو رجوع لانه أزال اسمه وذكره القاضي لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، وذلك دليل على رجوعه وبهذا قال الشافعي ، وعلى قياس ذلك اذا نجر الخشبة باباً ونحوه لانه أزال اسمه فهو في معناه ، وان كان قطناً أو كتاناً فغزله ، أو غزلا فنسجه ، أو ثوباً فقطعه ، أو بقرة فضربها ، أو شاة فذبحها كان رجوعاً وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه ، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبو ثور لانه لا يزيل اسمه

ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً لأن فعله يدل على الرجوع ، وقولهم انه لايزيل اسمه لا يصح فان الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يسمى كتاناً .

(فصل) وان حدث بالموصى به مايزيل اسمه من فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض

ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم نضربها في اثنين ليزول الكسر يرجع الى أربعة وثمانين

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاولين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة ارباع تعدل نصيبا ونصفا أبسطهما أرباعا تكن السهام خمسة عشر والا نصباء ستة توافقهما وردهما الى وفقيهما نصيبا خمسة اسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصر سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى الآخر نصف باقي الثلث سهمين والى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذا الطريق أخصر وان عملت بالطريق الثاني اخذت اربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهما ونقصت نصفه وربع الباقي منه يبقى ثلاثة اثنان ردها على سهام البنين تكن ثلاثة وثلاثة اثنان تضربها في أربعة وعشرين تكن احدى وثمانين ومنها تصح وبالجبر تفضي الى ذلك ايضا

(فصل وان خلف أما وأختا وعما وأوصى لرجل بمثل نصيب العم وسدس مايبقى ولآخر بمثل نصيب الام وربع ما يبقى ولآخر بمثل نصيب الاخت وثلث ما يبقى فاعملها بالمنكوس وقل أصل المسألة ستة فابدأ بآخر الوصايا فقل هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الاخت ثلاثة صارت اثني عشر ثم قل هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الام ستة صار ثمانية ثم قل هذا بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ،ونصيب العم صار اثنين وعشرين ومنه تصح

فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناوله الاسم وهو اختيار القاضي وذكر أبو الخطاب في الدار اذا انهدمت وزال اسمها وجهاً أنه لا يكون رجوعاً لان الموصي لم يقصد ذلك والاول أولى وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه.

﴿ مسئلة ﴾ (وان زاد في الدار عمارة أو انهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له ؟ على وجهين : (أحدهما) : لا يستحقه لان الزيادة لم تتناولها الوصية والانقاض لا تدخل في مسمى الدار وانما يتبع الدار في الوصية وما يتبعها في البيع . و (الوجه الآخر) : يدخلان في الوصيه لان الزيادة تابعة للموصى به فأشبه سمن العبد وتعليمه والمهدم قد دخل في الوصية فتبقى الوصية ببقائه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى له بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعاً سواء خلطها بمثلها أو خير منها او دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لانه لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله او دونه .

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن احمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منه مائة

(فصل) في الاستثناء، إذا خلف ثلاثة بنين واوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع المال فخذ مخرج الكسر اربعة وزد عليها سهما تكن خمسة، فهذا النصيب، زد على عدد البنين واحداً واضرب به في مخرج الكسر تكن ستة عشر تدفع الى الوصي خمسة وتستثني منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة، وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة فان قال الا ربع الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهما وربعا واضربه في أربعة تكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيبا الى الموصى له وتستثني منه ربع الباقي وهو ربع مال الا ربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيبا وربعا يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر فان قال الا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيبا وثلثا وتضربه في ثلاثة تكن ثلاثة عشر فهو المال وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباء ووصية والوصية هي نصيب الا ربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين أن المال كله ثلاثة وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر، ولهذه المسائل طرق سوى ماذكرنا والله أعلم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث مايبقى من الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث الثلث وهو تسعة وزد عليها سهما تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصباء البنين سهما وثلثا واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة الى الوصي واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة، وإن قال الا ثلث مايبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة

في كل شهر الى ان يموت فهو للا خر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث فحكم بصحة الوصية وانفاذها على ما أمر به الموصى .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى لرجل بشيء ثم قال ان قدم فلان فهو له ، فقدم في حياة الموصي فهوله لانه جعله له بشرط قدومه وقد وجد الشرط ، وان قدم بعد موت الموصي فهو للاول في احد الوجهين، لانه لما مات قبل قدومه انتقل إلي الاول لعدم الشرط في الثاني وقدم الثاني بعد ملك الاول له وانقطاع حق الموصي منه فيبقى للاول ، ذكره القاضي ، وفي الوجه الثاني هو للقادم لانه مشروط له بقدومه فأشبه مالو قال ان حملت نخلتي بعد موتي فهو لفلان ، فحملت بعد موته فانه يستحق حملها ، بعد ملك الورثة لأصلها.

(فصل) اذا اوصى بأمة لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح ، لان النكاح لايجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب ان الموصى له أنما ملك الموصى به بالقبول فحينئذ ينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر انه اذا قبل تبينا ان الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي فان اتت بولد لم يخل من ثلاثة احوال .

وزدت عليها سهما صارت سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصباء البنين سهما و نصفا وضربته في ستة صار سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وانما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد ابن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولآخر بثلث ما يبقى من المال بعد وصية الاول فخذ الجميع خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهما وزد عليه خمسه وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصباء البنين واضربها في خمسة تصر تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثنا عشر لكل ابن أربعة وبالجبر خذ مالا والق منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقي يصر معك مال وخمس الا نصيبا وخمسا الق منه ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصباء أجبر وقابل وابسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة ، وإن شئت قلت أنصبا البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصر أربعة أنصباء ونصفا وصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية تعدل وصية اجبر وقابل وابسط تصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهما من

(احدها) ان تكون حاملا حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة اشهر منذ اوصى فالصحيح انه يكون موصى به معها لان للحمل حكماً ولهذا تصح الوصية به وله واذا صحت الوصية به منفرداً صحت به مع امه فيصير كما لو كان منفصلا فاوصى بهما جميعاً وفيه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما يثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وان انفصل بعده فهو للموصى .

(الحال الثاني) ان تحمل به بعد الوصية ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة اشهر من حين اوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم تتناوله والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا نثبته بالشك فيكون مملوكا للموصي ان ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقلنا للحمل حكم فكذلك وان قلنا لا حكم له فهو للورثة ان ولدته قبل القبول ولابيه ان ولدته بعده وكل موضع كان الولد الموصى له فانه يعتق عليه بأنه ابنه وعليه ولاء لابيه لانه عتق عليه بالقرابة وامه امة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير ام ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

الوصية وهي تتفق بالاثلاث فردها على وفقها يصير سهما يعدل أربعة فالوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن أربعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية فلث المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهو تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل أعشاراً تكن الا نصبا خمسة واربعين والوصية سهم وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية أجبر يصر العشر يعدل وصية وخمسا ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجم منه خمس المال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة والآخر ثلثا الباقي تسعون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون وترجم بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم والثاني ثمانية عشر لكل ابن اثناعشر وبالجبر تأخذ مالاتلقي منه نصيبا وتزيد على المال خمسه يصير مالا وخمسا الا نصيبا الق ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الا ثلثي نصيب يعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها في ثلاثة ليزول الكسر يصر خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبق ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصباء البنين سهما واضربه في المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فاعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهما وخمسا وتضربها تكن ثلاثة وستين ، وان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ثم زدت سهام البنين سهما وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع الى الوصي الاول

(الحال الثالث) ان تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة اشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول فهو للوارث فى ظاهر المذهب لان الملك انما يثبت للموصى له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ، وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر ان للحمل حكماً فيكون حادثاً على ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها ام ولد لكونها علقت منه بحر في ملكه فهو كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال ابو حنيفة اذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب ان تسرى الى الولد كالاستيلاد

ولنا انها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وكما لو وصى بعتق جارية فولدت ويفارق الاستيلاد لان له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما اذا خرجت من الثلث وان لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد لابيه فانه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق الى باقيه إن كان موسراً وان كان معسراً فقد عتق منه ما ملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا

أحد عشر وتستثني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة وتدفع الى صاحب الثلث إحدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهما وزد عليه خمسه ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة وإحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فان خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم أو أوصى له بتكملة الثلث على نصيب أحدهم فه القسم وحسابها أن تدفع الى الوصي وابن ثلث المال يبقى ثلثاه لثلاثة بنين لكل واحد تسعان فعلمت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع للوصي وان وصى لآخر بخمس مايبقى من المال بعد الوصية الاولى عزلت ثلث المال ثم أخذت منه نصيبا ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصي الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب الورثة فاسقط أربعة أخماس نصيب بمثلها يبقى له ثلاثة وخمس تعدل ثلثا وخمسا فنصف المال اذاً يعدل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة للوصيين والبنين لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسه فردعليه ربعه للوصي الثاني صارت خمسة ثم زد على سهم ابن مايكمل به الثلث وهو سهم آخر فصارت ستة ، وان شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكلة ودفعت التكلة الى صاحبها وخمس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم، وقد

سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرقي كما إذا استولد الامة المشتركة وقال القاضي يصير منها أم ولد بقدر ماملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم يوص كقضاء الدين والحج والزكاة) لان حق الورثة بعد أداء الدين لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية رواه الترمذي والواجب لحق الله سبحانه بمنزلة الدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «دين الله أحق أن يقضى» فان وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقي فيخرج الواجب أولاً من رأس المال ثم يخرج ثلث الباقي كمن تكون تركته أربعين فيوصي بثلث ماله وعليه دين عشرة فتخرج العشرة أولاً وتدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة وهي ثلث الباقي بعد الدين

(مسئلة) (وان قال اخرجوا الواجب من ثلثي أخرج من الثلث وتمم من رأس المال على ما قال الموصي كأنه قصد إرفاق ورثته بذلك فان كان معها وصية بتبرع فقال القاضي يبدأ بالواجب فان فضل عنه من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإن لم يفضل منه شيء سقط وذلك لان الدين تجب

علمت أن سهم ابن مع التكملة ثلث المال وان الباقي بعدها الثلثان وهي أربعة أسهم تقابل بهما نصف الاربعة وهي سهمان فتبين أن التكلة سهم

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث مايبقى من الثلث ولآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا فادفع الى الوصي الاول نصيبا وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين الى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) وان ترك ستمائة ووصى لاجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة فان رد الاول وصيته فللآخر مائة، وان وصى للاول بمائتين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني سواء رد الاول وصيته وأجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق ان رد الاول فللثاني مائتان في المسألتين

ولنا أن المائتين ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها الثاني كما لو قبل الاول ، ولو وصى لوارث بثلثه ولآخر بتمام الثلث فلا شيء الثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا

(فصل) وان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام ، وإن زاد على مائة وأجاز الورثة امضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وان ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته لان الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا (والثاني) لاشيء لصاحب

البداءة به قبل الميراث والتبرع فاذا عينه في الثلث وجب البداية به وما فضل للتبرع فان لم يفضل شيء سقط لانه لم يوص له بشيء إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصي له به وقال أبو الخطاب يزاحم به أصحاب الوصايا فيحتمل ماقاله القاضي ويحتمل أن يقسم الثلث بين الواجب والتبرع بالحصة فما بقي من الواجب تمم من الثلثين فيدخله الدور ويحتاج إلى العمل بطريق الجبر فلو كان المال ثلاثين فالواجب عشرة والوصية عشرة فاجعل تتمة الواجب شيئاً يبقى ثلاثون إلا شيئاً فثلثه عشرة إلا ثلث شيء اقسمها بين الواجب والتبرع يحصل للواجب خمسة إلا سدس شيء فاذا أضفت اليها الشيء الذي هو تتمة الواجب كان عشرة فاجبر الخمسة من الشيء بسدسه يبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة فتبين ان الشيء ستة وللوصي الآخر وهو صاحب التبرع أربعة

(فصل) فان كان عليه دين خمسة أيضا عزلت تتمة الواجب شيء وتتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة الا نصف شيء فاقسمه بين الوصايا فيحصل للواجب أربعة الا خمس شيء اضم اليها تتمته يصير شيئا وأربعة الا خمس شيء تصير عشرة وبعد الجبر تصير أربعة أخماس تعدل ستة فرد على الستة ربعها تكن سبعة ونصفها تعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع

التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصية الاخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئا لانه انما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها وما ثمت له ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كالاخ من الابوين يزاحم الجد بالاخ من الاب ولا يعطيه شيئا

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصي لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجملته انه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة ، وان لم يجيزوا قسمت الثلث بين الاوصياء على قدر سهامهم في حال الاجازة وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يوسف ومحمد . وقال أبوحنيفة وأبو ثور وابن المنذر: لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث لان ما جاوز الثلث باطل فكيف يضرب به ؟

ولنا انه فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية كما لو وصى بثلث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربعمائة وهذا يبطل ما ذكروه ، ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع وليس الامر على ماقالوه في بطلان الوصية فان الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى ، فعلى هذا إذا اوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ان أجاز الورثه ويبقى لهم الربع، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة ، وإن أجازوا

وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسها أحد وربع اذا ضمت اليه تتمته كمل خمسة وللواجب اثنان ونصف يكمل بتتمته وللصدقة اثنان ونصف،وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ففي المسئلة الاولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة وفي المسئلة الثانية حصل للواجب أربعة وبقي له ستة وحصل للدين دينار وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما وذلك تسعة من الورثة نصفها وثلثها وذلك سبعة ونصف ومن صاحب التبرع سدسها دينار ونصفها للواجب منها ثلثاها وللدين ثلثها فان أوصى بالواجب واطلق فهو من راس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فان كانت وصية ثم بتبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر اصحاب الشافعي وذهب بعضهم الى ان الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لانه إنما ملك الوصية بالثلث .

ولنا ان الواجب من راس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ماكان عليه كما لو لم يوص به وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع واما في الواجبات فلا ينحصر في الثلث

لأحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة، وان أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما أعطيت المجيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يجز سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة، وان اتفقت المسئلتان ضربت وفق إحداهما في الاخرى ومن له سهم من إحدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت إحدى المسئلتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما ففي مسئلة الخرقي هذه إذا كان الورثة أما وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من أربعة: للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين، وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسئلة وهي ستة وتصح من تسعة وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في اربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الام لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الام سهما في ثلاثة والباقين خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة، وان اجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة والباقي الورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون وللاخر ثلاثة عشر

(فصل) اذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال، وان ردوا قسمت الثلث بينهم على ثلاث

ولا يتقيد به فان اوصى بالواجب وقرن به الوصية بتبرع مثل ان يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (اصحهما) ان الواجب من راس المال لان الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وآتو حقه يوم حصاده) والاكل لا يجب والايتاء يجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواءهما في محل الاخراج (والثاني) أنه من الثلث لانه قرن به ما مخرجه من الثلث والله سبحانه وتعالى اعلم

(باب الموصى له)

تصح الوصية لكل من يصح تمليكه من مسلم وذمي وحربي ومرتد، أما صحة الوصية للمسلم والذمي فلا نعلم فيه خلافا وبه قال شريح والشعبي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ولان الهبة تصح له فصحت الوصية كالمسلم وتصح وصية الذمي للمسلم لانه اذا صحت وصية المسلم للذمي

السهام ، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا عاصم الثقفي قال قال لي ابراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله ؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري؟ قال امسك اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ، وكان ابو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يقتسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدهم بأكثر من الثلث وان نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه ، ومثال ذلك رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لام ، وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثا ، وتصح من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة إن اجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس في الاجازة والرد جميعا ، ولو جعل مكان الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس

فوصية الذمي للمسلم أولى وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرنا، وتصح الوصية للحربي وان كان في دار الحرب نص عليه أحمد وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي، وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم) الآية الى قوله (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم) الآية فدل على أن من قاتلنا لا يحل بره

ولنا انه تصح هبة فصحت الوصية له كالذمي وقد روي ان النبي ﷺ اعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال « أني لم اعطكها لتلبسها » فكساها عمر خاله مشركا بمكة وعن اسماء بنت ابي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة تعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله اتتنى امي وهي راغبة افاصلها ؟ قال « نعم » وهذان فيهما صلة اهل الحرب وبرهم والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانما نهى عن توليه لا عن بره والوصية له وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها .

فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيجعل لصاحب السدس الثلث سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصي له في الرد على حالة الاجازة ومتى كان الموصي له حق في حال الرد لاينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه الى غيره ثم ان ماذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون على المفلس وما ذكروه لانظير له مع أن فرض الله تعالى للوارث آكد من فرض الموصي ووصيته ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لاينفرد بفضله فكذا في الوصايا

(فصل) وإذا خلف ابنين وأوصى لرجل بماله كله ولآخر بنصفه فالمال بين الوصيين على ثلاثة أجزاء لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فاذا ضممت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كمسئلة فيها زوج وأم وثلاث اخوات متفرقات فاذا ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة ، وان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف في احد الوجهين لانه موصى له به وانما منعه اخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته اخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له الا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك انما كان حقا لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان وان

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح للمرتد كما تصح الهبة له)

ذكره أبو الخطاب وقال ابن ابي موسى لاتصح لان ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ولان ملكه يزول عن ماله بردته في قول ابي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح لمكاتبه ومدبره وام ولده)

تصح الوصية لمكاتب سواء كان مكاتبه او مكاتب وارثه او مكاتب اجنبي سواء وصي له بجزء شائع او معين لان ورثته لايستحقون المكاتب ولا يملكون ماله ولانه يملك المال بالعقود فصحت الوصية له كالحر، فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته او بعض ماعليه وضعوا ماشاؤا وان قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلهم ان يضعوا اي نجم شاؤا وسواء كانت نجومه متفقه او مختلفه لتناول اللفظ له فان قال ضعوا عنه أي نجم شاء رجع الى مشيئته لان سيده جعل المشيئه اليه وان قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه اكثرها مالا لانه اكبرها قدراً، وان قال ضعوا عنه اكثر نجومه وضعوا عنه اكثر من نصفها لان اكثر الشيء يزيد على نصفه فان كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة وان كانت ستة وضعوا اربعة ويحتمل ان ينصرف الى واحد منها اكبرها مالا فان كانت نجومه سواء تعين القول الاول فان قال ضعوا عنه اوسط نجومه ولم يكن فيها الاوسط واحد تعين مثل ان تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها مفرد فيتعين الاوسط في العدد فان كانت خمسة تعين الثالث ، وان كانت

أجاز لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع على الوجه الاول والتسع للآخر ، وعلى الوجه الثاني ليس له الا الثلثان اللذان كانا له حال الاجازة لهما والتسعان للورثة فان اجاز احد الابنين لهما دون الاخر فلاشيء للمجيز وللاخر الثلث والثلثان بين الوصيين على اربعة وان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فللاخر التسع وللابن الاخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين وفي الآخر له أربعة أتساع والتسع الباقي للمجيز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في احد الوجهين وفي الاخر يدفع اليه التسع فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان وللمجيز تسعان والثلث للذي لم يجز وتصح من تسعة وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلاثين للذي لم يجز اثنا عشر وللمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسئلة الرد من تسعة لصاحب النصف منها سهم، فلو اجازله الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة ارباع سهم فيضرب مخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلاثين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والانثى بالسوية وان قال لبنيه فهو للذكور دون الاناث)

أما اذا أوصى لولده أو لولد فلان فانه للذكور والاناث والخناثى، لاخلاف في ذلك لان الاسم يشمل الجميع قال الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وقال تعالى (مااتخذ الله من ولد) نفى الذكر والانثى جميعا ، وإن قال لبني أو بني فلان فهو للذكور دون الاناث والخناثى هذا قول الجمهور وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن واسحاق وأبو ثور هو للذكر والانثى جميعا لانه لو أوصى لبني فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى ، وقال الثوري إن كانوا ذكوراً واناثاً فهو بينهم وإن كن بنات لاذكر معهن فلا شيء لهن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين والمشركين

سبعة فالرابع فان كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فيتعين وان كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان الى شهر شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر تعينت الوصية في الذي إلى شهرين ، وإن اتفقت هذه المعاني في واحد تعين ، وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً رجع إلى قول الورثة، وان اختلفت الورثة والمكاتب في ارادة الموصي منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد ، ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد وان كانت شفعا كأربعة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما إذا أوصي بأوسط نجومه ، وان قال ضعوا عنه ما يخف أو مايثقل أو ما يكثر رجع إلى تقدير الورثة لان كل شيء يخف الي حيث ما هو أثقل منه ، ويثقل الى حيث ماهو أخف منه،

وانا ان لفظ البنين يختص الذكور قال الله تعالى (اصطفى البنات على البنين؟) وقال تعالى (ام اتخذ مما يخلق بنات واصفاكم بالبنين ؟) وقال (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد اخبر انهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون واذا بشر احدهم بالانثى الآية وانما دخلوا في الاسم اذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا تقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى ابيها

(فصل) وان اوصي لبنات فلان دخل فيه الاناث دون غيرهن لانعلم فيه خلافا ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لانا لا نعلم كونه انثى

(فصل) وان اوصى لولد فلان او لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه واما اولاد اولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل ان يوصي اولد فلان وليس له الا اولاد اولاده او قال ولا يعطى ولد البنات شيئا او قال الاولد فلان اوفضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا لان اللفظ يحتملهم والقرينة صارفة له اليهم فصار كالتصريح بهم وان دلت القرينة على اخراجهم فلا شيء لهم وان انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية لان اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب فان قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) قلنا انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع الاناث على أنهم انما يرثون مافضل عن البنات على ماذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك هاهنا فانتفي دخولهم ويحتمل ان يدخل ولد البنين في الوصية اذا لم تكن قرينة تخرجهم لأنهم دخلو في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الارث والحجب وغيره

(فصل) وان وصى لولد فلان أو بني فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبني تميم دخل فيهم الذكر والانثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لان ذلك اسم القبيلة ذكرها وأنثاها قال الله تعالى (يابني آدم - ولقد كرمنا بني آدم) يريد الجميع وقال (ولقد آتينا بني إسرائيل الكتاب) وروي أن جواري من الانصار قلن شعر

نحن جوار من بني النجار   يا حبذا محمد من جار

كما قال أصحابنا فيما إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف ، وان قال ضعوا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة وان قال ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة وان قال ضعوا أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها وان قال ضعوا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع لتناوله اللفظ فان قال ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يضعوا عنه الكل ، لان من للتبعيض ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا في هذا الفصل .

ويقال امرأة من بني هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون الى القبيلة

(فصل) وان أوصى لاخواته فهو للاناث خاصة وان أوصى لاخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعاً لان الله تعالى قال (وان كانوا إخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له إخوة فلأمه السدس) وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى ، وان قال لعمومته فالظاهر انه مثل الاخوة يشمل الذكر والانثى لانهم اخوة أبيه ، وان قال لبني اخوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة ، والفرق بينهما ان الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وبنوا الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد ، فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكور ، ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليها والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والاخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها

(فصل) والفاظ الجموع على اربعة اضرب (احدها) مايشمل الذكر والانثى بوضعه كالاولاد والذرية والعالمين وشبهه (والثاني) موضوع للذكور ويدخل فيه الاناث اذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين والقانتين والصابرين والصادقين والذين والمشركين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالوا وفي قاموا والتاء والميم في قمتم وهم مفردة وموصولة والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه فهذا متى اجتمع الذكور وعليه الاناث وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والانثى (الثالث) ضرب يختص الذكور كالبنين والذكور والرجال والغلمان فلا يدخل فيه الا الذكور (الرابع) لفظ يختص النساء كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعة لهن فلا يتناول غير الاناث

(فصل) وان وصى للارامل فهو للنساء اللاتي فارقهن أزواجهن بموت أو غيره . قال احمد في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم هو

(مسئلة) (وتصح الوصية لمدبره)

لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد فان لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعاً قدم عتقه على الوصية لانه أنفع له ، وقال القاضي يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ماعتق منه ، ولنا أنه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله .

(مسئلة) (وتصح الوصية لام ولده لانها حرة حين لزوم الوصية)

وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه انه أوصى لامهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف، رواه سعيد وروي ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال ميمون بن مهران ، والزهري ، ويحيى الانصاري ، ومالك ، والشافعي ، واسحق .

للرجال والنساء والذي يعرف في كلام الناس أن الارامل النساء ،وقال الشعبي وإسحاق هو للرجال والنساء . وأنشد احدهما

هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لاحاجة هذا الارمل الذكر ؟

وقال الآخر

أحب أن أصطاد ظبياً سخبلا رعى الربيع والشتاء أرملا

ولنا أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى في واحده يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الانباري على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ الارامل يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمي نفسه أرملاتجوزا تشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بانه ذكر ويدل على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خص به أهل العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الالفاظ العرفية .

(فصل) فأما لفظة الايامى فهو كالارامل الا انه لكل امرأة لازوج لها قال الله تعالى (وانكحوا الايامى منكم) وفي بعض الحديث « أعوذ بالله من بوار الايم » وقال أصحابنا هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روي عن سعيد ابن المسيب قال آمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر

فان تنكحي انكح وان تتأيمي وإن كنت أفتى منكم أتأيم

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح لعبد غيره) وتكون الوصية لسيده والقبول من العبد لان العقد مضاف اليه أشبه مالو وهبه شيئاً فاذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد للسيد ولا يفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب من غير اذن سيده كالاحتطاب وهذا قول أهل العراق والشافعي ولاصحابه وجه آخر أنه يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف العبد فهو كبيعه وشرائه

ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح

(فصل) وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على اجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد يملك وانما لسيده أخذه من يده فاذا أوصى له بشيء يسير علم انه قصد بذلك العبد دون سيده .

ولنا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي وقول النبي ﷺ « أعوذ بالله من بوار الايم » انما أراد به المرأة فانها التي توصف بهذا ويضر بوارها

(فصل) والعزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة وانما سمي عزبا لانفراده وكل شيء انفرد فهو عزب. قال ذو الرمة يصف ثورا من الوحش انفرد

يجلو البوارق عن مجلوزلق كأنه متقبي يلمق عزب

ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لانه في العرف كذلك والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة قال النبي ﷺ « البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب الجلد والرجم » والعانس من الرجال والنساء الذي كبر ولم يتزوج ، قال قيس بن رفاعة الواقفي :

فينا الذي هو ما إن طر شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (ويكلم الناس في المهد وكهلا) قال المفسرون ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات اذا تم وقوي ثم لا يزال كهلا حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ ثم لا يزال شيخاً حتى يموت

(فصل) واذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح وأجزأ الدفع الى واحد منهم وبه قال الشافعي في أحد الوجهين الا أنه قال يدفع الى ثلاثة منهم لانه أقل الجمع وقال أبو حنيفة لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لانها يدخل فيها الاغنياء والفقراء واذا وقعت للاغنياء لم تكن قربة وانما تكون حقا لآدمي وحقوق الآدميين اذا دخلت فيها الجهالة لم تصح كما لو أقر لمجهول

ولنا أنها وصية لعبد وارثه أشبه الوصية بالكثير وما ذكره من ملك العبد ممنوع لا اعتبار به فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير .

(فصل) واذا وصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لان العتق إذا وقع لم يمكن رفعه فان وصى لام ولده بألف على أن لا تتزوج أو على أن تبيت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت أو تركت ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففاتت الوصية، وفارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالاولى

﴿مسئلة﴾ (وتصح لعبده بمشاع كثلثه فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث)

وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه

ولنا أن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وان لم يكونوا محصورين كالفقراء ، وما ذكروه غير صحيح فان الوصية للاغنياء قربة وقد ندب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني وأما جواز الدفع إلى واحد فمبني على الدفع في الزكاة وقد مضى الكلام فيه هناك

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزة اذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكا بأن يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة له لان الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى إعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان انفصل حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوثه ، ولو قال أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرناه من صحتها مع الغرر ، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضا لا نعلم فيه خلافا وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصى له بغير عوض كانتقاله الى وارثه ، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله

وقال الشافعي الوصية باطلة إلا أن يوصي بعتقه لانه أوصى لمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين .

ولنا ان الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لانه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحقه لانه يصير حراً فملك الوصية فيصير كأنه قال أعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه مافضل منه ، وفارق ما إذا وصى له بمعين لانه لا يتناول شيئاً منه على أن لنا في الاصل المقيس عليه منعاً .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بمعين كثوب أو دار أو مائة لم تصح الوصية في قول الاكثرين منهم الثوري وأصحاب الرأي والشافعي واسحاق وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين ان شاء الورثة أجازوا وان شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكا للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه ، وفارق ما إذا وصى له بمشاع لما ذكرناه .

﴿ مسئلة ﴾ (وتصح الوصية للحمل إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية بان تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين ان لم يكن كذلك في أحد الوجهين) وفي الآخر لاقل من سنتين

لا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافا وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي .

في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث فانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق فان انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية لانه لايرث ولانه يحتمل أن لا يكون حيا حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بينا من أنه لايرث ، وان وضعته حيا صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية نقل الخرقي إذا أتت به لاقل من ستة أشهر ، وليس ذلك شرطا في كل حال لكن ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد يطؤها فاتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصية وان أتت به لاكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وان كانت بائنا فأتت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أتت به لاقل من ذلك صحت الوصية له لان الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده إذا أتت به لاقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعي ، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به وان كان منتفيا باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط في الوصية فأما ان كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائبا في بلد بعيد أو مريضا مرضا يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوسا أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا بذلك فان أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانهما لم يفترقا

وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصى له بغير عوض كانتقاله الى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث لانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بخطر وغرر فصحت للحمل كالعتق فان انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لانه لا يرث ولانه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك، وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو شرب دواء أو غيره لما بينا من أنه لا يرث وان وضعته حياً صحت الوصية له اذا حكمنا بوجوده حال الوصية بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر ان كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فانا نعلم وجوده حين الوصية فان أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وان كانت بائنا فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أتت به لأقل من ذلك صحت الوصية لان الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده اذا أتت به لاقل من أربع سنين من حين

في لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها ، ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية مثل أن تضعه لاقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بامارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصية له لانه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهرا فينبغي ان تثبت له الوصية والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطا للنسب فانه يلحق بمجرد الاحتمال وان كان بعيدا ولا يلزم من اثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي استحقاق الوصية فانه لا يحتاط لابطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبته ويصححه

(فصل) وان وصى بالحمل الموجود اعتبر وجوده في حمل الامة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له وان كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الاحكام

(فصل) وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي يصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية .

ولنا أن الوصية تمليك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فانه يملك فلم يعتبر وجوده ولان الوصية أجريت مجرى الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحمل الا من كان موجودا كذلك الوصية ولو تجدد للميت مال بعد موته بان يسقط في شبكته صيد لورثه ورثته ولذلك قضينا بثبوت الارث في ديته وهي تتجدد بعد موته فجاز ان تملك بالوصية ، فان قيل فلو وقف على من يحدث من ولده أو

الفرقة وهذا مذهب الشافعي، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به ، فان كان منفياً باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشترط في الوصية فان كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها أو أقروا بذلك فان أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانها لم يفترقا في لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها ، قال شيخنا ويحتمل أنها متى أتت به في هذه الحال أو لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية مثل أن تضعه لاقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بامارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصية له لانه يثبت له أحكام الحمل في غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي أن تثبت له الوصية،والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في تلك الصور انما كان احتياطاً للنسب فانه يلحق بمجرد الاحتمال وان كان بعيداً، ولا يلزم من اثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي استحقاق الوصية فانه لا يحتاط لابطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط له مع ظهور ما يثبته

ولد فلان صح فالوصية أولى لانها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذا الوصية والوقف يراد الدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم

(فصل) وإذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكرا وأنثى فالوصية لهما بالسوية لان ذلك عطية وهبة فأشبه ما لو وهبهما شيئا بعد ولادتهما ، وان فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف ، وان قال ان كان في بطنها غلام فله ديناران وان كان فيه جارية فلها دينار فولدت غلاما وجارية فلكل واحد منهما ما وصي له به لان الشرط وجد فيه وان ولدت أحدهما منفردا فله وصيته ، ولو قال ان كان حملها أو ان كان ما في بطنها غلاماً فله ديناران وان كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفردا فله وصيته وان ولدت غلاما وجارية فلا شيء لهما لان أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن وبهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور

(فصل) وان أوصى بثمرة شجرة أو بستان أوغلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة لانها معدومة

ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالاعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال نص عليه احمد في سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها فان لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك اذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور

ويصححه ، وفيه وجه آخر أنه اذا أتت به لاكثر من سنتين اذا كانت بائناً لا تثبت له الوصية بناء على ان اكثر مدة الحمل سنتان

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح)

وقال بعض أصحاب الشافعي تصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية

ولنا أن الوصية تمليك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فانه يملك فلم يعتبر وجوده ولان الوصية جرت مجرى الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية، ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثه ورثته ولذلك قضينا بثبوت الارث في ديته وهي تتجدد بعد موته فجاز أن تملك بالوصية . فان قيل فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لانها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذلك الوصية، والوقف يراد للدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم .

(فصل) واذا وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لان ذلك عطية وهبة فأشبه مالو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وان فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف وإن قال إن كان في

اذا أوصى بخدمة عبده سنة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فان أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها ان خرجت من الثلث أو بقدر مايخرج من الثلث منها كسائر الوصايا او كالاعيان . اذا ثبت هذا فتى أريد تقويمها فان كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظركم قيمتها ، وان كانت الوصية مطلقة في الزمان كله فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا ويعتبر خروجهما من الثلث لان عبداً لا منفعة له وشجراً لاثمر له لاقيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فاذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لامنفعة فيه ؟ فاذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصل) وان أراد الموصى له اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جاز وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة لايجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لانه انما أوصى له باستيفائه

ولنا أنها منفعة يملكها ملكا تاما فملك أخذ العوض عنها بالاعيان كما لو ملكها بالاجارة وان أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال ابو ثور ، وقال أصحاب الرأي لايخرجه الا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجه إلى أهله . ولنا أنه مالك لنفعه فملك اخراجه كالمستأجر

(فصل) وإذا أوصى له بثمرة شجرة مدة أو بما يثمر أبدا لم يملك واحد من الموصى له

بطنها غلام فله ديناران وإن كانت فيه جارية فلها دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل منهما ما وصي له به لان الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان حملها أو إن كان مافي بطنها غلاما فله ديناران وان كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، وان ولدت غلاما وجارية فلا شيء لهما لان أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي وأبو ثور .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتل الوصي الموصي بطلت الوصية وان جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل في ظاهر كلامه وقال أصحابنا في الوصية للقاتل روايتان)

اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد تجوز الوصية له واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح فقال احمد تعتبر من الثلث قال وهذه وصية لقاتل وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر واظهر قولي الشافعي لان الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية

والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره ، وان أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له ، وإن قال لك ثمرتها أول عام تثمر صح وله ثمرتها أول عام تثمر وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريته او شاته، وإن وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث وله ماله ، وان وصى له بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وان وصي بلبنها خاصة او صوفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) فاما نفقة العبد الموصي بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة هذا الذي ذكره الشريف ابو جعفر مذهبا لاحمد وهو قول ابي ثور وظاهر مذهب الشافعي لان النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة. قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه ، ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة وهو قول أصحاب الرأي والاصطخري وهو أصح إن شاء الله لانه يملك نفعه على التأبيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولان نفعه له فكان عليه ضره كالمالك لها جميعا يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع عبدي وأبقيت على ورثتي ضره وان وصى بنفعه لانسان ولآخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله « لاضرر ولا ضرار » ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له

أولى ، ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فمنعها ما يمنعه وقال أبو الخطاب ان وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي احمد في الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن ، لان الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها فانه يبطل ما هو آكد منها، يحققه ان القتل إنما يمنع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله وفارق القتل قبل الوصية لانه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد ما صدر منه في حقه وعلى هذا لا فرق بين الخطأ والعمد كما لا تفترق الحال بذلك في الميراث .

(مسئلة) (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أو لجميع الاصناف صح)

لأنهم من أبواب البر فصحت لهم كغيرهم ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة قياساً عليها ، لان المطلق من كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أطلق الله تعالى أعطاهم من الزكاة حمل على ذلك كذلك هذا

نفعه ، وفارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن منافعه وقيل تجب نفقته في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيء من ماله سواه

(فصل) وإذا أعتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية للموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان المعتق الرقبة وهو لا يملكها وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد وأسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لان مايوهب للعبد يكون لسيده وان اراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مسلوب المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان مالامنفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات وقيل يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة فيتم له بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض

ولنا انه عبد مملوك تصح الوصية به فصح بيعه كغيره ولانه يمكنه اعتاقه وتحصيل ولائه وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه بخلاف الحشرات. وان وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه صح وقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي

(فصل) واذا اوصى لرجل بمنفعة امته فأتت بولد من زوج اوزنا فهو مملوك حكمه حكم امه لان الولد يتبع الام في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ويحتمل ان يكون لمالك الرقبة لأن ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها وان وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطيء لصاحب

قال شيخنا واذا وصى لاصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية ، كما لو وصى لثمان قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية اريد بها بيان من يجب الدفع اليه ، ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب لانه لا يمكن استيعابهم وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن انه قال لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين ، وعن أحمد رواية ثانية أنه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف حكاها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا ذلك وأدلته في الزكاة ولا يجوز الصرف الا الى المستحق من أهل بلده كما ذكرنا في الزكاة

(فصل) وإذا اوصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين وكذلك إن أوصى للمساكين دخل فيهم الفقراء لانهم صنف واحد في غير الزكاة الا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداءة بأقارب الموصي كما ذكرنا في الزكاة .

(مسئلة) (وإن وصى لكتب القرآن أو العلم أو لمسجد أو لفرس حبيس ينفق عليه صح لان ذلك قربة يصح بذل المال فيه ، نصحت الوصية له كالوصية للفقراء فان مات الفرس رد الموصى به

المنفعة عند اصحابنا وعندي انه لصاحب الرقبة لان منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج وانما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها ولا يستحق صاحب المنفعة اخذ بدلها وان أتت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في احد الوجهين وفي الآخر يشترى بها عبد يقوم مقامه وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة وطؤها لان صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرهما لقول الله عز وجل (الا على ازواجهم او ماملكت ايمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما لا يأمن ان تحبل منه فربما افضى الى اهلاكها وايهما وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما فيها وولده حر لانه من وطء شبهة فان كان الواطيء مالك المنفعة لم تصر ام ولد له لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه، وحكمها على ماذكرنا فيما اذا وطئها غيرهما بشبهة، وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت ام ولد له لانها علقت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، واما المهر فعندي انه ان كان الواطيء مالك الرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة اذا كان هو الواطيء، وعند اصحابنا واصحاب الشافعي بعكس ذلك فيهما وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطيء لانه لا يملك الا المنفعة فلزمه الحد كالمستأجر فعلى هذا يكون ولده مملوكا

(فصل) وليس لواحد منهما تزويجها لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر صاحب المنفعة بتزويجها فان طلبت ذلك لزم تزويجها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليهما بدليل أنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبتها ونفعها اجبر عليه وقدم حقها على حقه وكذلك ان اتفقا على

أو باقيه الى الورثة لانه عين للوصية جهة فاذا فاتت عادت إلى الورثة كما لو وصى أن يشترى عبد زيد فيعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده أو تعذر شراؤه، وان أنفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبدين معينين فاشترى أحدهما ومات الآخر قبل شرائه قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها ؟ قال لا ، انما يعرف الناس السبيل الغزو .

(فصل) اذا قال يخدم عبدي فلان سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة لا أقبل الوصية أو قال قد وهبت الخدمة لم يعتق في الحال وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال . ولنا أنه أوقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية

(فصل) وان وصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وكذلك ان امتنع عن بيعه بالخمسمائة أو تعذر شراؤه بموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة لان الوصية بطلت

تزويجها قبل طلبها جاز وولايها في الموضعين مالك رقبتها لانه مالكها والكلام في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذي قبله

(فصل) وان قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشترى بها مايقوم مقام الموصى به لان كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان سبب الاستحقاق يبطل بتلفهما ويحتمل ان تجب القيمة للوارث أومالك الرقبة وتبطل الوصية لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل بالاجارة

(فصل) واذا اوصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع احدهما من الانفاق فهما بمنزلة الشريكين في اصل الزرع اذا امتنع احدهما من سقيه والانفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان (احدهما) يجبر على الانفاق عليه هذا قول ابي بكر لان في ترك الانفاق ضرراً عليهما واضاعة المال وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ونهى عن اضاعة المال (والوجه الآخر) لا يجبر لانه لا يجبر على الانفاق على مال نفسه ولا مال غيره اذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا. واصل الوجهين اذا استهدم الحائط المشترك فدعا احد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع وينبغي ان تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في اصل الزرع

(فصل) وإن أوصى له بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به الا باذن صاحبه وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه أو اصطلحا على لبسه جاز لان الحق لهما لا يعدوهما

لتعذر العمل بها فأشبه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثاً ولا يلزم الورثة شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تصرف الى غيره فان اشتروه بأقل من ذلك فالباقي للورثة وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته فأشبه مالو قال بيعوه عبدي بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكما لو وصى أن يحج عنه فلان بخمسمائة وهي أكثر من أجر المثل وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو وصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان مافضل من الثمن راجعاً اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة، وفي مسئلتنا المقصود العتق، ويفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لان الوصية ثم للحج مطلقاً فتصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تتعداه، وقوله انه قصد ارفاق زيد ومحاباته به قلنا ان كان ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقه أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو كان يعلم حصول العبد بدون الخمسمائة لقلة قيمته فانه يدفع جميع الثمن الى زيد كما لو صرح بذلك فقال ادفعوا اليه جميعها

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فان أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لانه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار، وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه وعليهم ترك الثلث فان كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة

(فصل) وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والطير في الهواء والسمك في الماء لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولان الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصي به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعا في الوصية الاولى وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال جابر ابن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للآخر منهما لانه وصى للثاني بما وصى به للاول فكان رجوعا كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولان الثانية تنافي الاولى فاذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال هذا لورثتي

وإن بذله بدونها وإن عدمت هذه القرائن فالظاهر أنه انما قصد العتق وقد حصل فكان الثمن عائداً الى الورثة كما لو أمره بالشراء في حياته قال شيخنا وهذا الصحيح ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو وصى أن يشترى عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بالثلث وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لانه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل . ولنا أنها وصية يجب تنفيذها اذا احتملها الثلث فاذا لم يحملها وجب تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبد فلم يحمله الثلث، وفارق الوكالة فانه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه، ولو وصى اليه باعتاق عبد أعتق منه ما يحتمله الثلث فان حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق ان كان اشتراه بعين المال لانا تبينا أن الشراء باطل لكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير اذنهم وان كان اشتراه في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه لا يرجع به على أحد لان البائع ما غره انما غره الموصي ولا تركة له فيرجع عليها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لان الدين غرمه بتغرير الموصي فيرجع به عليه فاذا كان ميتاً لزمه في تركته كارش جنايته

ولنا أنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما أوصيت لكما بالجارية وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسئلتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك

(فصل) وإن وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما أرباعا وعلى قول الآخرين ينبغي أن يكون للثاني ثلثه كاملا وإن وصى بعبده لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وإن وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملا لانه وصى له به منفرداً وزالت المزاحمة فكمل له كما لو انفرد به

(فصل) اذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا وشهد بالوصية حلف معه الموصي له واشتركا في الثلث وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وإن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن ثبتت له البينة لان وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة وأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ، وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يثبت للاول باقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول الا أن يكون عدلا فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للاول بينة وإن أقر الثاني في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان

(فصل) وان وصى بشراء عين وأطلق أو ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لان الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا فان وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية وبيع كذلك لان في البيع نفعاً للعبد بالعتق فان لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد يعتق فلم يبعه سيده، وان وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع لانه قصد ارفاقه بذلك في الغالب وان لم يسم ثمناً بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد ايصال العبد المعين الى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بارفاق العبد بايصاله الى من هو معروف بحسن الملك واعتاق الرقاب ويحتمل أن يريد ارفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد فان تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن أو بقيمته ان لم يعين الثمن بطلت الوصية

﴿مسئلة﴾ (وان وصى في أبواب البر فقال شيخنا يصرف في القرب كلها)

لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وقيل عن أحمد تصرف في أربع جهات في الاقارب والمساكين والحج والجهاد، وعنه فداء الاسرى مكان الحج لان الصدقة على الاقارب صدقة وصلة والمساكين مصارف الصدقات والزكاة والحج والجهاد من أكبر

(أحدهما) لا يقبل لان حق الاول ثبت في الجميع فأشبه مالو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لان المجلس الواحد كالحال الواحدة فان الخرقي قال واذا خلف ابنا وألف درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بها لآخر فان كان في مجلس واحد فالالف بينهما وإن كان في مجلسين فهي للاول ولاشيء للثاني والاول أقيس لان حق الاول ثبت في الثلث كاملا لاقراره بها منفرداً فأشبه مالو كان في مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل في المجلس

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ماأوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر)

هذا قولهم جميعا وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو أيضا على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفا لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره ان ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبه مالو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فانه يحتمل انه قصد التشريك بينهما وقد ثبتت وصية الاول يقينا فلا تزول بالشك

(فصل) وان قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي وصى به الثاني خاصة وبقيه للاول

(فصل) وأجمع أهل العلم على ان للموصي أن يرجع في جميع ماأوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالاعتاق والاكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضا . روي عن عمر رضي الله عنه انه قال يغير الرجل

شعائر الاسلام وفداء الاسرى من أعظم القربات،وقد نقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزءاً في الجهاد وجزءا يتصدق به في أقاربه وجزءا في الحج وقال في رواية أبي داود الغزو يبدأ به وحكي عنه أنه جعل جزءا في فداء الاسرى،قال شيخنا وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولانه ربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق فقد تدعو الحاجة الى تكفين ميت واصلاح طريق واعتاق رقبة وقضاء دين واغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لايجب عليه الحج فيكلف وجوب مالم يكن عليه واجبا وتعباً كان الله تعالى قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى فتقديم هذا على مامصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له

(فصل) وان قال ضع ثلثي حيث أراك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملا بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه الى الفقراء والمساكين، والافضل صرفه الى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع فان لم يكن فالى جيرانه وقال أصحاب الشافعي يجب ذلك لانه رده الى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ونقل أبو داود عن أحمد

ماشاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ما شاء الا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

ولنا انها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة

(فصل) ويحصل الرجوع بقوله رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي او في ميراثي ، وان أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه او جارية فأحبلها أو ما أشبه هذا فهو رجوع ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم انه اذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها انه يكون رجوعا ، وحكي عن أصحاب الرأي ان بيعه ليس برجوع لانه أخذ بدله بخلاف الهبة

ولنا انه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه، وان عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى باعتاقه أو دبره كان رجوعا لانه يدل على اختياره الرجوع بعرضه على البيع وايجابه الهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الاولى والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لانه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له ، وان رهنه كان رجوعا لانه علق به

أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاويج فلم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فانه يبدأ بهم فانهم أحق قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أيعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسين درهما لا يزادون على ذلك يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لانه القدر الذي يحصل به الغنى

﴿مسئلة﴾ (وان وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ)

اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال صرف جميع ذلك في الحج اذا حمله الثلث لانه وصى به في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى في سبيل الله تعالى وليس للوصي أن يصرف الى من يحج أكثر من نفقة المثل لانه أطلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى عوض المثل كالتوكيل في البيع ثم لا يخلو اما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصاً فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر نصوص أحمد فانه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته وهذا قول العنبري وقال القاضي يعان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري وعن أحمد أنه مخير في ذلك فانه قال في

حقا يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر انه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لانه لا يزيل الملك فأشبه اجارته وكذلك الحكم في الكتابة

(فصل) وان وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه او بعجين فخبزه أو بخبز فتته أو جعله فتيتا كان رجوعا لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وبهذا قال الشافعي ، وان وصى بكتان أو قطن فغزله أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضربها أو شاة فذبحها كان رجوعا ، وبهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه واختار أبو الخطاب انه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لانه لا يزيل الاسم . ولنا انه عرضه للاستعمال فكان رجوعا كالتي قبلها ولا يصح قوله انه لا يزيل الاسم فان الثوب لا يسمى غزلا والغزل لا يسمى كتانا

(فصل) وان وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لانه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه ، فان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا لانه يمكن تسليمه ، وان وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعا سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا . وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لانه لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه

(فصل) واذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض فصار زرعا أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناوله الاسم ، وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها لان الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع

رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج به من حيث يبلغ فان كان يفضل عن الحجة دفع في حجة ثانية وثالثة الى أن ينفذ أو يبقى مالا يبلغ حجة فيحج به من حيث يبلغ أو يعان به في الحج على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستنيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعا فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض ان كان قد أوصى بالثلث فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعا حتى ينفذ كما ذكرنا من قبل ، وان كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي واسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وداود ابن أبي هند ان وصى بالحج من ثلثه والا فليس على ورثته شيء فعلى قولهم ان لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا يلزم الوارث كالصلاة

(فصل) وان جحد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الوجهين ، وهو قول أبي حنيفة في احدى الروايتين ولانه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود (والثاني) يكون رجوعا لانه يدل على انه لا يريد ايصاله الى الموصى له ، وان غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الامة أو زوجها أو علمها أو وطئها لم يكن رجوعا لان ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الامة رجوع لانه يعرضها للخروج عن جواز النقل والاول أولى لانه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضي اليه يقينا فأشبه لبس الثوب فانه ربما أتلفه وليس برجوع

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن أحمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منه مائة في كل شهر الى أن يموت فهو للآخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شيء رد الى صاحب الثلث لحكم الوصية وانفاذها على ما أمر به الموصي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها مالم يعلم رجوعه عنها)

نص أحمد على هذا في رواية اسحاق بن ابراهيم فقال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل مافيها . وروي عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا ههنا

ولنا قول النبي ﷺ « لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه ؟ » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي وان كان تطوعا اخذ الثلث لا غير اذا لم يجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا

(مسألة) (وان وصى ان يحج عنه حجة بألف دفع الكل الى من يحج)

اذا وصى ان يحج عنه حجة واحدة بقدر من المال وكان فيه فضل عما يحج به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكانه صرح فقال حجوا عني حجة واحدة بألف وما فضل منها فهو لمن يحج

﴿مسئلة﴾ (فان عينه في الوصية فقال يحج عني فلان بألف صرف ذلك اليه وان لم يعين فللموصى اليه صرفه الى من شاء)

لانه فوض اليه الاجتهاد الا انه لا يملك صرفها الى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة وان لم يكن فيها فضل جاز لانه لا محاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصى به تطوعا اعتبر من الثلث وان كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث وان لم يف الموصى به بالحج اتم من رأس المال وفيه من الخلاف ما ذكرنا

وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فههنا أولى ، وقد نص أحمد على هذا في الشهادة ، ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ « مامن امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادة ، وما ذكرناه في الفصل الاول الذي يلي هذا ، ولان الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به وبما لايقدر على تسليمه وبالمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث

(فصل) وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكي عن أحمد أن الرجل اذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لايجوز حتى يسمعوا منه مافيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه وهو قول من سمينا في المسألة الاولى ويحتمل كلام الخرقي جوازه لانه اذا قبل خطه المجرد فهذا أولى، وممن قال ذلك عبد الملك بن يعلى ومكحول ونمير بن ابراهيم ومالك والليث والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ماعملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم الى ولاتهم بالاحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال يبعثون بها مختومة لايعلم حاملها مافيها وأمضوها على وجوهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فكان اجماعا ووجه الاول انه كتاب لا يعلم الشاهد مافيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى

﴿مسألة﴾ (فان أبى الحج وقال اصرفوا لي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية في حقه)

اذا قال المعين ذلك بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن انسان ثقة سواه ويصرف الباقي الى الورثة ويحتمل أن تبطل الوصية ان كان الحج تطوعا لانه عين لها جهة فاذا لم يقبلها بطلت كما لو قال بيعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه والظاهر انها لا تبطل لانه قصد القربة والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القربة كما لو قال بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فانه يباع من غيره ويتصدق بثمنه فان قال المعين اصرفوا لي الفضل عن نفقة الحج لانه موصى لي به لم يصرف اليه شيء لانه إنما أوصي له بالزيادة بشرط ان يحج فاذا لم يوجد الشرط لم يستحق شيئاً

(فصل) فاذا قال حجوا عني حجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لا يدفع الى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرنا والباقي للورثة وهذا ينبني على أنه يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي للورثة فان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام الحج وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما

القاضي ، فأما ماثبت من الوصية بشهادة أو اقرار الورثة به فانه يثبت حكمه ويعمل به مالم يعلم رجوعه عنه وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصي به مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لان الاصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحفظ لها وأحوط لما فيها وقد صح أن النبي ﷺ قال «ماحق امريء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» وروي عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ماأوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله الا الله وحده لاشريك له وأن محمداً عبده ورسوله (وأن الساعة آتية لاريب فيها وأن الله يبعث من في القبور) وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب (يابني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس

وروي عن ابن مسعود انه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما اوصي به عبد الله بن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجع وصيتي الى الله والى رسوله ثم الى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله وانهما في حل وبل فيما وليا وقضيا وانه لاتزوج امرأة من بنات عبدالله الا باذنها وروي ابن عبد البر قال كان في وصية ابي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به ابو الدرداء انه يشهد ان لااله الا الله وحده لاشريك له وان محمداً عبده ورسوله وان الجنة حق وان

يمكن وما فضل فهو للاجير لانه ملك ما أعطي بعقد الاجارة وان تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه إتمام الحج، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة ولانه أقل مايقع عليه الاسم فان عين مع هذا فقال يحج عني فلان دفع اليه بقدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث فان أبى الحج إلا بزيادة تصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه اقل قدر يمكن ان يحج به غيره فان ابى الحج وكان واجباً استنيب غيره بأقل ما يمكن استنابته والله اعلم

(فصل) وان وصى ان يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة امضيت على ماقال الموصي فان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما وصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فان لم يفضل منه شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما وصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمتنع المزاحمة به ولا يعطى شيئا كولد الاب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل انه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد إلى نصف وصيته لان زيداً إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا

النار حق وان الله يبعث من في القبور وانه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا وان هذه وصيته ان لم يغيرها

(مسئلة) قال وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث)

وجملة ذلك ان التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لانعلم في هذا خلافاً وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء ، وحكي عن اهل الظاهر في الهبة المقبوضة انها من رأس المال وليس بصحيح لما روي ابو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في اعمالكم» رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على انه ليس له اكثر من الثلث وروى عمران بن حصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة أعبد له في مرضه لامال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فاعتق أثنين وأرق أربعة متفق عليه واذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره اولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة اشياء (احدها) ان يقف نفوذها على خروجها من الثلث او اجازة الورثة (الثاني) انها لاتصح لوارث الا باجازة بقية الورثة (الثالث)

(فصل) وان وصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع الى بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو، وان مات العبد بعد موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم نقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو وإلا بطلت وصيته، ولو قال لاحد عبديه أنت مدبر ثم قال لآخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول بموته فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا او رجوعه فيه أو خروجه مستحقا أو غير ذلك

(مسئلة) (وان وصى لاهل سكته فهو لاهل دربه)

لان السكة الطريق والدرب مضاف اليه

(مسئلة) (وان وصى لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب)

نص عليه احمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال ابو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال «الجار احق بصقبه» يعني الشفعة وإنما يثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة وقال قتادة الجار الدار والداران وروي عن علي عليه السلام في قول النبي ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد قال من سمع النداء وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الاقامة وقال ابو يوسف الجيران اهل المحلة ان جمعهم مسجد فان تفرق أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وان كانا عظيمين فكل اهل مسجد جيران واما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ

ان فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ولان النبي ﷺ سئل عن افضل الصدقة قال « ان تصدق وانت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه ولفظه، قال: قال رجل يارسول الله اي الصدقة افضل؟ (الرابع) انه يزاحم بها الوصايا في الثلث (الخامس) ان خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ويفارق الوصية في ستة اشيا (احدها) انها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وان كثرت ولان المنع على الزيادة من الثلث انما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت (الثاني) ان قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردها، والوصايا لا حكم لقبولها ولاردها الا بعد الموت لما ذكرنا من ان العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) ان العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه (الرابع) انها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف وزفر الا في العتق فانه حكي عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه

ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكما لو تساوى الحقان (الخامس) ان العطايا اذا عجز الثلث عن جميعها بدىء بالاول فالاول سواء كان الاول عتقاً أو غيره وهذا

ولنا ما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لا يجوز العدول عنه ان صح وان لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف وقال ابو بكر مستدار اربعين داراً من كل جانب والحديث يحتمله

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى لاقرب قرابته اولا قرب الناس اليه او اقربهم به رحما لم يدفع بنفسه من غير واسطة والأخ والجد سواء)

لان كل واحد يدلي الى الابعد مع وجود الاقرب فان كان له اب وابن فهما سواء، لان كل واحد منهما يدلي بالاب من غير واسطة ويحتمل تقديم الابن على الاب لانه يسقط تعصيبه والاولى أولى لان إسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويحتمل تقديم الأخ على الجد لان الأخ يدلي ببنوة الاب والجد يدلي بالابوة فهما كالاب والابن والاول اولى ولا يصح قياس الأخ على الابن لانه لا يسقط تعصيب الجد بخلاف الابن ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن وقال اصحاب الشافعي يقدم ابن الابن على الأب في وجه لانه يسقط تعصيبه

ولنا ان الاب يدلي بنفسه ويلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن والاب والام سواء وكذلك الابن والبنت والجد ابو الاب وابو الام وام الاب وام الام كلهم سواء

قال الشافعي وقال ابوا حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد، وان كانت من اجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق ، وإنما كان كذلك لان المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوي بينها لانها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوي بينها كالوصية وقال ابو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم او تأخر

ولنا أنها عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الاولى محاباة عند ابي حنيفة أو عتقا عند صاحبيه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث فاما ان وقعت دفعة واحدة كأن وكل جماعة في هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقا أقرعنا بينهما فكملنا العتق كله في بعضهم ، وان كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساووا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وإنما خولف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين ولان القصد بالعتق تكميل الاحكام ولا تكمل الاحكام الا بتكميل العتق بخلاف غيره ولان في قسمة العتق عليهم إضراراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر في موضعه، وان وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان (احداهما) يقدم العتق لتأكيده (والثانية) يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لان استحقاقها حصل في حالة واحدة

(السادس) أن الواهب اذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم

هكذا ذكره شيخنا ويحتمل تقديم ابي الأب على اب الام لانه يسقطه ثم بعد الاولاد اولاد البنين وان سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات ثم ولدهم وان سفلوا ولا شيء لولد الاخوات إذا قلنا لا يدخل ولد البنات

﴿مسألة﴾ (والاخ من الاب والأخ من الأم سواء والأخ من الابوين أحق منهما)

الأخ من الأب والأخ من الام سواء لانهما على درجة واحدة وكذلك ولداهما والأخ من الابوين أحق منهما لان له قرابتين فهو أقرب ممن له قرابة واحدة

(فصل) والأخ للاب أولى من ابن الأخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ويستوي العم من الاب والعم من الام وعلى الاحتمال الذي ذكرناه في تقديم أبي الأب على أبي الأم تقديم العم من الاب على العم من الام وكذلك أبناؤهما وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي إلا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والخالات وهذا القول يخرج

(فصل) إذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعدا عتق سعيد أيضا ان خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين (أحدهما) ان سعداً سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلورق بعضه لفات إعتاق سعيد أيضا لفوات شرطه وإن بقي من الثلث مايعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وإن قال ان اعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ثم اعتق سعدا ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وإن خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقهما في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطا في عتق الآخر ، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الاخر ، وإن قال إن أعتقت سعداً فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران في حال اعتاقي سعداً فالحكم سواء لايختلف لان عتق سعد شرط لعتقهما فلورق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه ، وإن كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ماذكرنا

(فصل) وان قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث ، وإن لم تخرج من الثلث إلا المحاباة او العبد فالمحاباة أولى لأنها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطا في عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يتساويا لان التزويج سبب ثبوت المحاباة وشرط العتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث او لمفارقته إياها في

على مذهب أحمد على الرواية التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليه اسم القرابة فاما على الرواية التي تقول ان اسم القرابة يختص من كان من أولاد الآباء وهي التي اختارها الخرقي فلا تدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن من أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا تعدوهم فان وصى لجماعة من أقرب الناس اليه أعطي ثلاثة من أقرب الناس اليه فان وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كاخوة فالوصية لجميعهم لان بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم وان لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية فان كان في الدرجة الثانية جماعة سوي بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى ، وان لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فاذا وجد ابن واخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا وكذلك إن كان ابن واخوان وان كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فان كان الابن وارثاً سقط حقه من الوصية ان لم يجز له والباقي للاخوة وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كان من يرث في الحال أو يكن ويسوي بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار ولا لعمارتهما والاتفاق

حياته اما بموتها او طلاقها او نحوه فاما ان ورثته تبينا أنها غير ثابتة لها إلا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما ، وإن قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج وأصدق أكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جعالة لايقاع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما ثبتت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث

(فصل) اذا اعتق المريض شقصا من عبد ثم اعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين يلفظ باعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان اعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورقي باقي العبدين وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما، وان خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما كما لو اعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لأنه أوقع عتقا مشقصا فلم يكمله بخلاف ما اذا أعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما ، ولو أوصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لان الموصي أوصى بتكميل العتق فجرى مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث عتق وورث المريض اذا

عليها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وسواء كان الموصي مسلماً أو ذمياً وقال أصحاب الرأي تصح وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحباه وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة

ولنا أن هذه الافعال محرمة وفعلها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ولأنها لا تجوز في الحياة فلا تجوز في الممات

(مسئلة) (وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح)

لانها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة وذكر القاضي أنه لو اوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد اعظامها بذلك صحت الوصية لان الوصية لاهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم صحيحة والصحيح أن الوصية لا تصح بهذا لان ذلك انما هو اعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم ونقل عن أحمد ما يدل على صحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح وان وصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من اهل الذمة واهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

مات وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث لان عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل اهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فان خرج من الثلث عتق وورث وان لم يخرج من الثلث يسعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ولنا ان الوصية هي التبرع عاله بعطية أو اتلاف أو التسبب الي ذلك ولم يوجد واحد منهما لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله وانما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضييع لماله في ثمنه وقال القاضي هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد لانه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لا يباع ولا يورث ، قال الخبري هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافا فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي أن حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه وقال أبو يوسف ومحمد لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازة الوارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبته فيجعل

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لانه لا يجوز هبتهما له ولا بيعهما منه وان وصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية وان أسلم بعد الموت وقبل القبول وقلنا إن الملك انما ثبت حين القبول بطلت لانه لا يجوز ان يبتدىء الملك على مسلم وان قلنا يثبت الملك بالموت قبل القبول فالوصية صحيحة لانا تبين انه أسلم بعد ان ملكه ويحتمل ان لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح لملك ولا لبهيمة ولا لجني)

لانه تمليك فلم يصح لهم كالهبة ولا تصح لميت لذلك وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان علم انه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لان الغرض نفعه بها فأشبه ما لو كان حياً . .

ولنا انه اوصى لمن لا تصح الوصية له لو لم يعلم حاله فلا تصح اذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فان الوصية تصح له في الحالين ولانه عقد يفتقر الى القبول فلم يصح للميت كالهبة

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى لحي وميت يعلم موته فالكل للحي ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف وإن لم يعلم فللحي نصف الموصى به

ذلك وصية له ولا يجوز ان يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية البائع لانه قد عاوض عنه وانما هو كبناء مسجد وقنطرة في انه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك الميراث واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم اذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ماذكرنا وقيل يعتق ولا يرث لانه لو ورث لصارت وصية لوارث فتبطل وصيته ويبطل عتقه وإرثه فيفضي توريثه الى ابطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية تقف على خروجها من الثلث أو أجازة الورثة والبيع عنده لا يجوز ان يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولأخيه مائة وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وقيل على قول الشافعي لا يرث والمائتان كلها للابن الحر وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه وان كان قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لان المستسعى عنده كالعبد لا يرث الا في أربعة مواضع (الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه (والمرأة) تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك (والعبد المرهون يعتقه سيده) والمشتري العبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته وهو حر يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لأخيه وان وهب له ثلاث اخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك ،وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة

اذا وصى بثلثه أو بمائة لحي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موته أو لم يعلم ، وهذا قول أبي حنيفة واسحق والبصريين وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد اذا قال هذه المائة لفلان وفلان الميت فهي للحي منهما ، وان قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري على أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين وقال أبو الخطاب عندي اذا علمه ميتاً فالكل للحي وان لم يعلمه ميتاً فللحي النصف وقد نقل عن احمد مايدل على هذا القول فانه قال في رواية ابن القاسم اذا وصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتاً فللحي خمسون،فقيل له أليس اذا قال ثلثي لفلان وللحائط أليس كله لفلان؟ قال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك؟ فعلى هذا متى شرك بين من تصح الوصية له وبين من لا تصح مثل أن يوصي لفلان وللملك أو الحائط أو لفلان وللميت فالموصى به كله لمن تصح الوصية له اذا كان عالماً بالحال لانه اذا اشرك بينهما في هذه الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له ان لم يعلم بالحال فلمن تصح الوصية له نصفها لانه قصد ايصال نصفها اليه والى الآخر النصف ظناً منه ان الوصية له صحيحة فاذا بطلت الوصية في حق أحدهما صحت في حق الآخر بقسطه كتفريق

وبعض أصحاب مالك . وعلى قول القاضي يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك ،وفي الآخر يعتقن كلهن لكن وصية من لاوارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وان ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبوحنيفة إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحد من الأخت الأب والأخت للام في نصف قيمتها للاخت من الاب والام وانما لم يرثا لانهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقبة بينهما نصفين ، وأما الأخت للابوين فاذا ورثت عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك اكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها ،وقال أبو يوسف ومحمد تبعض وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والأخت من الام للاخت من الابوين في خمسي قيمتها لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعي يعتقن

(فصل) وان اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابنا فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق باقيه على الابن لانه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلثاه لابنه وهذا قول مالك وقيل هو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لانه وارث ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع الا أن يجيز الابن عتقه ، وقيل يفسخ في ثلثيه ويعتق في ثلثه وللبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لانه متلف فان ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقيل نحوه على قول الشافعي وقيل على قول يعتق ولا يرث ، وقيل شراؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وهو خمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له ، وان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشرا

الصفقة ووجه القول الاول انه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما أو كما لو لم يعلم الحال، فاما ان وصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللآخر نصف الوصية لا نعلم في هذا خلافاً ومثله لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه ،

(مسئلة) (فان وصى لوارثه واجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما نصفين وان وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتا

في الوجه الاول ، وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثاً ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ماذكرنا في مسئلة الاب . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثيه للاب ولا يرث

وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه ، وان ترك ألفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين وللاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : للاب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ ألفاً وخمسمائة ، وان خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الاصل ، وعلى الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فان لم يخلف المشتري أباً حراً ولكن خلف أخاً حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عليه . وقال ابو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه . وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف الفين سواء عتق وورث الفين ولا شيء للاخ في الاقوال كلها الا ما قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنيه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلثا الف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حاباه به ولم يبق من التركة سواه فيكون له ثلثه وهو تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثيه فيعتق عليه وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثا

لهما وان ردوا بطلت وصية الوارث في المسئلتين وللاجنبي السدس في الاولى والمعين الموصى له به في الثانية وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وغيرهم

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لهما بثلثي ماله وأجاز الورثة لهما جازت وان عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللاجنبي الثلث كاملا)

لانهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للاجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له وان أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس وهذا الذي ذكره القاضي هو قول مالك والشافعي لان الوارث يزاحم الاجنبي اذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فاذا أبطلوا نصفها بالرد كان البطلان راجعاً اليهما وما بقي منها بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ،واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للاجنبي وحكي نحوه عن أبي حنيفة لانهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون اذا كان لاجنبي ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا ابطال ما زاد على السدس فان صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه من وصيتكما أو قالوا رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد

وقال أبو حنيفة الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لاخيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها ، وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لانه في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده ، وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلث الالف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أتساع ألف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) أن يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن في قيمته لاخيه وفي قول أبي يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الالف فيكون للابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث وقيل على قول الشافعي يرد البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع الابن المشتري الحر وقيل غير ذلك ، وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه الا في قول الشافعي ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن

في جعل السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به وان قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا وصية الاجنبي فهو على ما قالوا لان لهم أن يجيزوا لهما وان يردوا عليهما فكان لهم أن يجيزوا لاحدهما ويردوا على الآخر، وان أجازوا للاجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه إنما ينقص منه بمزاحمة الوارث فاذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث عليه لانه قد أوصى له به

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى بماله لابنيه وأجنبي فردوا وصية الوارث فهو على ما قال وان أجازوا للوارث فالثلث بينهما)

لان الوصية تتعلق بالشرط ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح فان وصى لوارثه فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز وحده وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا وان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردوها فهو على ما فعلوا من ذلك فلو خلف ثلاثة بنين وعبدا لا يملك غيره فوصى به لاحدهم أو وهبه اياه في مرض موته فأجازله أخواه فهو له وان أجاز أحدهما وحده فله ثلثاه وان أجازله نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الاخر فله النصف الثلث بنصيبه والسدس من نصيب المجيز ، وان أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له

وذلك تسعا رقبة لانه يحمل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه، وقال أبو حنيفة يسعى لاخيه في قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك ألفين سواء عتق كله لان التركة هي الثمن مع الالفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول الشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منا قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في الالف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لاخيه في خمسمائة والالفان لاخيه في قولهم جميعا ، ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فان قياس قول القاضي ان شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولي عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتساعه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لانه يصير بالاعتاق وارثا لثلثي التركة فتنفذ اجازته في اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث

أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلثه أو باع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد وان وصى بالعبد لاثنين منهما فللثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما أو يجيز لهما بعض وصيتها ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لاحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيفما شاء فعل فيه

﴿مسألة﴾ (وان وصى لزيد والفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسع)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد لزيد الخمس وللفقراء الخمسان وللمساكين الخمسان لان أقل الجمع اثنان ولاصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) له السبع لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا سبعة

ولنا أنه وصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم بينهم بالسوية كما لو وصى لزيد وعمرو وخالد وان كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واسحاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهم اذ الظاهر بين المعطوف والمعطوف عليه المغايرة ولان تجويز ذلك يفضي الى تجويز دفع نصيب المساكين كله اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فهي كالتي قبلها ويحتمل أن يكون كأحدهم لانه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساووا فيه كما لو قال هذا لكم

لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل ارثه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للولي وقال ابو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث وقال ابو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه اخوه بالهبة ويكونان احق بالميراث من المولى فان كان للميت مال سواهما اخذا ذلك المال بالميراث ويغرم بالمعتق لاخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لان عتق الاول وصية له ولا وصية لوارث وقد صار وارث مع اخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة اخيه وورث اخوه الباقي وكان اخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لاخيه واما قول ابو حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الاول لاخيه نصف قيمته اخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لانه اذا لم يدع وارثا جازت وصيته لانهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق اخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت اذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعا ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت انا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسر اوهناك مال غيرهما اخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان مابقي ميراثاً لاخيه الاول

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فبغيره أولى ولانها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث .

(فصل) وتصح بالحمل اذا كان مملوكا بان يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة لان الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان خرج حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم يصح لجواز حدوثه

(مسئلة) (وتصح بالمعدوم)

فلو قال أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذا أو نخلتي هذه صح لما ذكرنا من صحتها مع الغرر سواء وصى بما تحمله أبداً أو مدة بعينها لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية فان حصل منه شيء والا بطلت وصيته لان الموصى به عدم فبطلت الوصية به كالموهوب اذا عدم لان الوصية كالهبة وان وصى له بمائة لا يملكها صح فان قدر عليها عند الموت أو على شيء منها والا بطلت لما ذكرنا في المسئلة قبلها

(مسئلة) (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال كالكلب والزيت النجس

(فصل) وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف فتبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فللاب سدسه وباقيه للابن ، على قول القاضي ومن جعله وصية لايعتق اب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما عتق بعد الموت ، وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون فأولى أن لاينفذ بالقول

(فصل) وإن ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق عليه كان عمه فأعتقه في مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكهم عند موته ولم يكن له مال سواهم فاعتبر عتقهم من الثلث ، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فان خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان اقراره لوارث فلا يقبل فيؤدي توريثه إلى ابطال عتقه ثم يبطل ميراثه

تصح الوصية بالكلاب المباح اقتناؤه ككلاب الصيد والماشية والحرث لان فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليه والوصية تبرع فصحت في المال وفي غير المال كالهبة ، وإن كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلباً من كلابي أو من مالي لانه لا يصح شراء الكلب لانه لا قيمة له بخلاف ما اذا أوصى له بشاة ولا شاة له فانه يمكن تحصيلها بالشراء فان كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه وإن كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به

(فصل) وان وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فالموصى له بالثلث ثلث الثلث والموصى له بالكلاب ثلثها وجهاً واحداً لان ماحصل الورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي ان يقرع بينهم وان وصى له بكلاب وله كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة او بما احب الورثة على الرواية الاخرى وان كان له كلب يباح اتخاذه وكلب هراس فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا إلا انه يجعل للموصى له بكلب ما احب الورثة دفعه اليه ولا تصح الوصية بالجر والصغير في احد الوجهين وتصح في الآخر بناء على جواز اقتنائه وتربيته للصيد وقد سبق ذلك في كتاب البيع

فكان اعتاقه من غير توريث أولى ومقتضى قول القاضي أنه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقاتل ولا مخالف لدينه ويرث كما لو ورثه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الاول وعلى قول القاضي ينبغي أن يرث بقدر مافيه من الحرية على ما يذكر في المعتق بعضه

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كارش الجناية وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لانه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لانه صرف لماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقوقهم تعلقت بماله بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها (والثاني) أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول احمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجبا عليه فصح كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثيابا مثمنة صح

(فصل) فاما الزيت النجس فان قلنا بجواز الاستصباح به فهو كالكلب الذي يباح اتخاذه وان قلنا لا يجوز لم تصح الوصية لانه ليس فيه نفع مباح أشبه الخنزير

(فصل) ولا تصح الوصية بالخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للصيد كالاسد والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح بشيء ليس فيه منفعة مباحة من غيرها كالخمر والميتة ونحوهما لان الوصية تمليك فلا تصح بذلك كالهبة ولان ذلك محرم فلا تصح الوصية به كالخنزير

(مسئلة) (وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة لان الوصية تصح بالمعدوم فالمجهول بطريق الاولى ولان المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به كالمعلوم ويعطيه الورثة ما شاءوا مما يقع عليه الاسم لانه اليقين كما لو أقر له بعبد فان لم يكن له عبيد اشترى له ما سمي عبداً وان كان له عبيد اعطاه الورثة ما شاءوا لما ذكرنا وقال القاضي يعطيه الورثة ما شاءوا من ذكر أو أنثى قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فان الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله سبحانه (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً ولانه في العرف كذلك فانه لا يفهم من اطلاق اسم العبد إلا الذكر فانه لو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة وان وصى له بأمة لم يكن له أن يعطيه إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلا لانه لا يعلم كونه

ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح بحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه، وقد صح عقيب البيع فكذلك اذا تراخى اذ لا أثر لتراخيه

(فصل) واذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه احمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق وهذا لان الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره

(فصل) ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان (أحدهما) أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت (الثاني) أن يكون مخوفا والامراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل وجع العين والضرس والصداع اليسير وحمى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة

[الضرب الثاني] الامراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والفالج في انتهائه والسل في ابتدائه والحمى الغب، فهذا الضرب ان أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال . قال القاضي : هذا تحقيق المذهب فيه ، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على انهما صارا صاحبي فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري

ذكراً ولا أنثى وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والخنثى

(مسئلة) (فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف اسم للانثى والبعير والثور اسم للذكر غلب العرف)

في اختيار شيخنا لان الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه ولا يريد إلا مايفهمه أهل بلده وقال أصحابنا تغلب الحقيقة ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله . فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الضأن والمعز قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والانثى لان اسم الشاة يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار وقال شيخنا لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في عرفهم في بلد يتناول ذلك ، فاما من لا يتناول عرفهم إلا الاناث فان وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لما ذكرناه والكبش الذكر الكبير من الضأن والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز فان وصى بعشرة من الغنم تناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصى بجمل فهو الذكر وان وصى بناقة فهي الانثى وان قال عشرة من إبلي وقع على الذكر والانثى جميعاً ويحتمل أنه إن قال عشرة بالهاء فهي للذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك الغنم لان العدد في العشرة من الثلاثة إلى العشرة للذكور بالهاء والمؤنث بغيرها قال الله تعالى (سخرها

ومالك وأبوحنيفة وأصحابه وابو ثور ، وذكر أبو بكر وجهان في صاحب الامراض الممتدة ان عطيته من صلب المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ فهو كالهرم

ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف فأشبه صاحب الحمى الدائمة ، وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمسئلتنا

[الضرب الثالث] من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فهذا لاحكم لكلامه ولا لعطيته لانه لا يبقى له عقل ثابت وان كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثلث فان عمر رضي الله عنه خرقت حشوته فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك ، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله

(الضرب الرابع) مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالبرسام وهو بخار يرقى إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والحمى الصالب والرعاف الدائم لانه يصفي الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب، ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الامعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حمى أولم يكن وهي مع الحمى أشد خوفا ، فان ثاوره الدم واجتمع في عضو كان مخوفا لانه من

عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان وصى ببعير ففيه وجهان (أحدهما) هو الذكر وحده لانه في العرف اسم له (والثاني) هو الذكر والانثى لانه يتناولهما جميعاً في لسان العرب فيقول حلبت البعير يريد الناقة ، والجمل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان وان وصى له بثور فهو ذكر وان وصى ببقرة فهي أنثى

(مسئلة) (والدابة اسم للذكر والانثى من الخيل والبغال والحمير)

لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك فان قرن به ما يصرفه إلى أحدها كقوله دابة يقاتل عليها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر وان وصى له بحمار فهو ذكر والاتان أنثى وان وصى بحصان فهو ذكر والفرس يتناول الذكر والانثى

(مسئلة) (وان وصى له بغير معين كعبد من عبيده صح ويعطيه الورثة ما شاءوا)

الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه صحيحة وقد ذكرنا صحة الوصية بالمجهول فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة اختارها الخرقي ونقل ابن منصور أنه يعطى أخسهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا وهو قول الشافعي وقال مالك قولا يقتضي أنه إذا وصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وان كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا وصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك، والصحيح ان

الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة لأنها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة الا انه يكون في جميع البدن، وأما الاسهال فان كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وان لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج متقطعاً فانه يكون مخوفا لان ذلك يضعف ، وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الاطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين لان ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك ، وقياس قول الخرقي انه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين كما ذكرنا في باب الدعاوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عنه فانه لما جرح سقاه الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب : اعهد الى الناس ، فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته ، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده

شاء الله تعالى أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه لكن يعطى واحداً بالقرعة لانه يستحق واحداً غير معين وليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما لو أعتق واحداً منهم وعلى مانقله ابن منصور يعطيه الورثة ما شاءوا من صحيح أو معيب جيد أو رديء لانه يتناوله اسم العبد فاجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يضفه إلى عبيده

﴿مسئلة﴾ (وان لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجهين)

لانه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له وهذا أحد الوجهين ، فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانها وقعت باطلة فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئاً، ولان الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حال الوصية، وقد روى ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء يعطى مائة درهم فلم يبطل الوصية لانه قصد اعطاءه مائة درهم وظنها في الكيس فاذا لم يكن له في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده اذا لم يكن له عبيد يشترى له عبد ويعطاه وهذا الوجه الثاني ووجهه أنه لما تعذرت الصفة بقي أصل الوصية فأشبه ما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه

﴿مسئلة﴾ (فان كان له عبيد فماتوا إلا واحداً تعينت الوصية فيه وكذلك ان لم يكن له إلا عبد واحد لتعذر تسليم الباقي، وان تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها إنما تلزم بالموت ولا عبيد له حينئذ، وان تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت أيضاً لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم، وان قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر)

يعني عطيتها من الثلث وهذا قول مالك وقال اسحاق اذا اثقلت لا يجوز لها الا الثلث ولم يحد وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة : عطية الحامل من الثلث . وقال أبو الخطاب عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فاذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث وبهذا قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولانها انما تخاف الموت اذا ضربها الطلق فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش ، وقال الحسن والزهري : عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ، ووجه قول الخرقي ان ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف ، والصحيح ان شاء الله أنها اذا ضربها الطلق كان مخوفا لانه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الامراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف ، وإن مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي

الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة إما قيمة أحدهم بالقرعة أو قيمة من يختاره الورثة لانه بدل عما وجب له .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وصى له بقوس وله أقواس للرمي والبندق والندف فله قوس النشاب لانه أظهرها إلا أن يقترن به قرينة تصرفه إلى غيره وعند أبي الخطاب له أحدهم بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده)

إذا وصى له بقوس صحت الوصية لان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي أو قوس بجرى أو قوس جرخ أو ندف أو بندق فان لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه وان كانت له جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرفه الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوس يندف به أو يتعيش به أو نحو ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف وان قال قوس يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له ندافا لا عادة له بالرمي أو بندقانيا لا عادة له بالرمي بشيء سواه أو يرمي بقوس غيره ولا يرمي بسواه انصرفت الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به فان انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أنه يأخذ أحدها بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده أو يعطيه الورثة ما يختارونه لان اللفظ يتناول جميعها . قال شيخنا والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ، ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها ، وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه لم يذكر العربية ،

عن أحمد في النفساء ان كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث ويحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم لزومه لذلك في الغالب، ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها اذا كانت ترى الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام ، وإن أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم له الا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) ويحصل الخوف بغير ماذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة ، وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي بالسهام أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين وبه قال مالك والاوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (أحدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بمخوف لانه ليس بمريض

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك ، قال أحمد اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله لكن

ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس في العادة من غير أهلها حتى يضيفها فيقول قوس القطن أو الندف أو البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالباً ويعطى القوس معمولة لانها لا تسمى قوساً إلا كذلك ، ولا يستحق وترها لان الاسم يتم عليها دونه ، وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لانها لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها .

(مسئلة) (وإن وصى له بطبل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطبل لهو لا يصلح إلا للهو لم تصح لعدم المنفعة المباحة، فان كان إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة، فان كان يصلح لهما صحت الوصية به لان المنفعة به قائمة ، وان وصى له بطبل واطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى الطبل المباح فان كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أحدها بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين . وان وصى بدف صحت الوصية به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود لهو لانها محرمة وسواء كانت فيها الاوتار أو لم تكن لانها مهيأة لفعل المعصية فأشبه مالو كانت فيه الاوتار .

(مسئلة) (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله أو لم يعلم)

وقال مالك لا تنفذ الا فيما علم ، وحكي ذلك عن ابان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك

يقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره وللشافعي فيه قولان (أحدهما) أنه مخوف (والثاني) ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه

ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه إلى التلف فثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف

(الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكنا فليس بمخوف وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين)

(الرابعة) الاسير والمحبوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي ، وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية: ليس له من ماله لا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهري

إلا في المدبر فانه يدخل في كل شيء .

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم ولان الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه مالم يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلثه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى بثلثه فاستحدث مالا دخل ثلثه في الوصية)

في قول أكثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر ثلث الجميع وممن قال ذلك النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه من ماله يرثه ورثته وتقضى منه ديونه أشبه ما ملكه قبل الوصية ولما ذكرنا في التي قبلها.

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قتل وأخذت ديته فهل تدخل الدية في الوصية ؟ على روايتين)

(احداهما) تدخل قال مهنا روي عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته فقال يستحق منها ، وروي عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ مثل ذلك ، وهو قول الحسن ومالك (والثانية) لاتدخل في وصيته نقلها ابن منصور وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق ، وقال مالك في دية العمد لان الدية انما تجب للورثة بعد موت الموصي لان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن يجب للميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك فلا تدخل في الوصية لان الميت إنما

والثوري واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وتأول القاضي ماروي عن أحمد في هذا على ماذكرناه من التفصيل ابتداء ، وقال الشعبي ومالك الغازي عطيته من الثلث ، وقال مسروق اذا وضع رجله في الغرز ، وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأعيناه هو في ثلثه والصحيح إن شاء الله ماذكرنا من التفصيل لان مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به ، واذا كان المريض الذي لايخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى

(الخامسة) اذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمرض وانما يخاف المرض والله أعلم

(فصل) ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فما خرج من الثلث تبينا ان العطية صحت فيه حال العطية فان نما المعطى أو كسب شيئا قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما افضى الى الدور فمن ذلك إذا اعتق عبدا لامال له سواه فكسب مثل قيمته في حياة سيده فللعبد من كسبه بقدر ماعتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك وتزدادحقه من كسبه فينتقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لان كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيئان لان لهم مثلي ماعتق منه وقدعتق منه شيء ولا يحسب على العبد ماحصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لامن جهة سيده

يوصي بجزء من ماله لا بمال ورثته ، ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لانها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها، ولان بدل أطرافه في حياته له فكذلك بدل نفسه بعد موته ، ولذلك تقضى منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه، وإنما يحوز ورثته من أملاكه ما استغنى عنه فاما ما تعلقت به حاجته فلا ولانه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها شيء بعد موته فانه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ويجهز فكذلك ديته لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبه قضاء دينه .

﴿ مسئلة ﴾ (فان وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل الدية على الورثة من الثلثين ؟ على وجهين)

بناء على الروايتين فعلى الرواية الاولى تحسب الدية من ماله فان كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية والا أخرج منه قدر ثلثها . وعلى الرواية الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من تلاد ماله دون ديته بناء على أن الدية ليست من ماله .

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتصح الوصية بالمنفعة المفردة وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وبثمرة بستان أو شجرة سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله وهذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة المفردة لانها معدومة .

ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالاعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال

فصار العبد شيآن والورثة شيآن من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه والورثة نصفهما، وان كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيآن صار له ثلاثة اشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه اخماسا يعتق منه ثلاثة اخماسه وله ثلاثة اخماس كسبه والورثة خمساه وخمسا كسبه ، وان كسب ثلاثة امثال قيمته فله ثلاثة اشياء من كسبه مع ماعتق منه ولهم شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهما وان كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف اذا بسطتها انصافا صارت سبعة ، له ثلاثة أسباعها فيعتق ثلاثة اسباعه وله ثلاثة اسباع كسبه والباقي لهم فان كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء ويعتق منه مائة جزء وتسعة اجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه ؛ وان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لان الدين مقدم على التبرع وان لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه مايقضي به الدين ومابقى منهما يقسم على مايعمل في العبد الكامل وكسبه . فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين ، وكذلك بقية الكسب، وان كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الاشياء الاربعة فلكل شيء ثلاثة ارباع فيعتق من العبد ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه ولو اعتق عبداً قيمته عشرون ثم اعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته

نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول من قال بصحة الوصية بها، وان لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث ، وقال مالك اذا وصى بخدمة عبده سنة فلم تخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين المال ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور اذا وصى بخدمة عبده سنة فان العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فان أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها اذا اخرجت من الثلث أو بقدر ماخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان

اذا ثبت هذا وأريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها

(فصل) فان أراد الموصى له بمنفعة العبد او الدار اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها فله ذلك ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لانه أوصى له باستيفائه .

ولنا أنها منفعة يملكها ملكا تاماً فملك أخذ العوض عنها بالاعيان كما لو ملكها بالاجارة وإن أراد الموصى له اخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يخرجه إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجه إلى أهله .

لـكملت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة ارباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم وان بدأ بعتق الادني عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقي نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة ارباعه ويتبعه ثلاثة ارباع كسبه وذلك مثلا ما اعتق منهما وان اعتق العبـدين دفعة واحدة قرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كالو بدأ باعتاقه

(فصل) وان اعتق ثلاثة اعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة احدهم وكسب أحدهم مثل قيمته اقرعنا بينهم لاخراج الدين [1] فان وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة وان وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم اقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله وللورثة مابقي وان وقعت على المكتسب عتق باقيه واخذ باقي كسبه ثم نقرع بين العبدين لاتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة ولو كان العبد موهوبا لانسان كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه في هذه المسائل كلها

(فصل) وإن أعتق عبدين متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما قرع

ولنا أنه مالك لنفعه فملك إخراجه كالمستأجر .

﴿ مسئلة ﴾ (إذا أوصى بمنافع عبده أو أمته أبداً أو مدة بعينها فللورثة عتقها لانها مملوكة لهم ومنفعتها باقية للموصى له ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان العتق للرقبة وهو لا يملكها فان وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد او أسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لان مايوهب للعبد يكون لسيده .

(فصل) ولهم بيعها وتباع مسلوبة المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لايجوز بيعها لان ما لا نفع فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات وقيل يجوز بيعها لمالك منفعتها دون غيره لان مالك منفعتها يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض ، ووجه الاول انها أمة مملوكة تصح الوصية بها فصح بيعها لغيره ولانه يمكنه اعتاقها وتحصيل ولائها وثواب عتقها بخلاف الحشرات .

﴿ مسئلة ﴾ (ولهم ولاية تزويجها لانهم يملكون رقبتها)

وليس لهم ذلك إلا باذن صاحب المنفعة وليس لواحد منهما تزويجها منفرداً لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها وصاحب المنفعة يتضرر به فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما وكذلك لو طلت

[1] قوله إقرعنا بينهم لاخراج الدين فيه نظر لان القرعة لامدخل لها في تعيين الدين لتعلق الدين بكل جزء من اجزاء التركة بخلاف العتق فانه يتعين بها فلذلك يجب أن يقرع للعتق أولا، ثم قوله ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه تحكم لا وجه له ويحتاج الى جعل العتق في عبدين لذلك وهو خلاف للاصول اذ كان يمكنه جعل العتق بكماله في واحد والله اعلم

بين الحي والميت فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين أن الميت نصفه حر لان مع الورثة مثلي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك إن خلف أربعين وبنتا وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفه حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء فان خلف العبد ابنا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لابنه بالميراث ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثاها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتا فلها نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيئين فتبين أن خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابنا فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لانا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجر ولاء ابنه الى سيده فورثه وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه

التزويج وجب تزويجها عند طلبها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها لأنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبتها ومنفعتها لزمه ذلك وقدم حقها على حقه ووليها في الموضعين مالك الرقبة لانه مالكها.

(مسئلة) (ومهرها ههنا وفي كل موضع واجب للورثة) في اختيار شيخنا لان منافع البضع لا تصح الوصية بها مفردة ولا مع غيرها، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بعد التزويج وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها وعند أصحابنا المهر للموصى له بالمنفعة لانه من منافعها.

(مسئلة) (وان وطئت بشبهة فالولد حر لان وطء الشبهة يكون الولد حراً لاعتقاد الواطيء انه يطأ في ملك فهو كوطء المغرور بأمة وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين وفي الآخر يشتري بها مايقوم مقامها ويجب على الواطيء لانه الذي فوت رقه وانما اعتبرت قيمته يوم الوضع لان مقتضى الدليل أن تجب قيمته حين العلوق لانه وقت تفويت الحرية فلما لم يمكن ذلك قومناه في أول حال الامكان وذلك حالة وضعه وهي للورثة ولا شيء للوصي فيها لانه انما وصى له بنفع الام وليس الولد من المنافع ولا وصى له بمنفعته فلا يستحقه.

(مسئلة) (وان قتلت فللورثة قيمتها في أحد الوجهين)

لانهم مالكوها لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل الاجارة وفي الوجه الآخر يشتري بها مايقوم مقامها لان كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل استحقاقها ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان الاستحقاق يبطل بتلفها

شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت، وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لان أباه لم يعتق وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاء أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما يعدلان شيئين وافي العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد ومولى الام نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسه من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ماعتق من العبد فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكمنا بعتق الاب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر مافيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئا وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل

(فصل) في المحاباة في المرض وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهي على أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور . وقال أهل الظاهر العقد باطل .

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابا المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار امضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع

(مسئلة) (وللوصي استخدامها واجارتها واعارتها) لان الوصية له بنفعها وهذا منه

(مسئلة) (وليس لواحد منهما وطؤها)

لان صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوجها ولا يباح وطء بغيرهما لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاماً ولا يأمن أن تحمل منه فربما أفضى الى هلاكها وايهما وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما وولده حر لانه من وطء شبهة فان كان الواطيء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه وحكمها على ماذكرنا فيما اذا وطئها اجنبي بشبهة وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت ام ولد له لانها علقت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، وأما المهر فان كان الواطيء ملك الرقبة فلا مهر عليه في اختيار شيخنا وله المهر على صاحب المنفعة ان كان هو الواطيء وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي ينعكس الحال وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطيء لانه لا يملك الا المنفعة فوجب عليه الحد كالمستأجر وعلى هذا يكون ولده مملوكا

(مسئلة) (وان ولدت من زوج أوزنا فحكمه حكمها)

لان الولد يتبع الام في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ويحتمل ان يكون لمالك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصي به ولا هو من الرقبة الموصي بنفعها

بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله . إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن . وقال أهل العراق يقال له إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ولا شيء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في احداهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصا وسيفا فأخذ الشفيع الشقص أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لانه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها ولانه اذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه

وأما قول أهل العراق فان فيه اجبار الورثة على المعارضة على غير هذا الوجه الذي عاوض موروثهم واذا فسخ البيع لم يستحق شيئا لان الوصية انما حصلت في ضمن البيع فاذا بطل البيع زالت الوصية كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج ، وان اشترى عبداً

(مسئلة) (وفي نفقتها ثلاثة أوجه)

(أحدها) تجب على مالك الرقبة وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لاحمد وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي لان النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كنفقة العبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه (والثاني) تجب على صاحب المنفعة وهو قول الاصطخري وأصحاب الرأي وهو أصح ان شاء الله تعالى لانه يملك نفعها على التأبيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولان نفعه له فكان عليه ضرره كالمالك لهما جميعا يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع أمتي وابقيت على ورثتي ضررها والشرع ينفي هذا بقوله «لاضرر ولا اضرار» ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفعه وفارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن المنافع (والثالث) أنها تجب في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرفت في نفقته فقد صرفت المنفعة الموصى بها الى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيئا من ماله سواه فان لم يكن لها كسب فقيل تجب نفقتها في بيت المال لان مالك الرقبة لاينتفع بها وصاحب المنفعة لايملك الرقبة فلا يلزمه اجبارها وكذلك سائر الحيوانات الموصي بنفعها قياسا على الامة

يساوي عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفه بنصف الثمن ،وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثلثي الثمن ، وعلى قول القاضي المشتري خمسة أسداسه بكل الثمن وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن ، فان خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن .وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه وان باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر تعين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن وافقه لان المساواة ههنا شرط في صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوي ثلث قيمته ان نقول يجوز البيع في شيء من الارفع بشيء من الادون وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثي شيء القهما من الارفع يبقى قفيز الا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء وثلث شيء فاذا جبر به عدل شيئين فالشيء نصف القفيز

(فصل) [القسم الثاني] المحاباة في التزويج اذا تزوج في مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فان ورثته بطلت المحاباة الا أن يجيزها سائر الورثة وان لم ترثه لكونها

﴿مسئلة﴾ (وفي اعتبارها من الثلث وجهان)

(أحدهما) يعتبر جميعها من الثلث يعني تقوم بمنفعتها ويعتبر خروج ثمنها من الثلث لان أمة لا منفعة فيها لا قيمة لها غالبا (والثاني) تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما فاذا كان قيمتها بمنفعتها مائة وقيمتها مسلوبة المنفعة عشر علمنا ان قيمة المنفعة تسعون.

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل برقبتها ولآخر بمنفعتها صح) وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا

(فصل) واذا وصى بثمرة شجرة مدة أو ما تثمر أبدا صح ولا يملك واحد من الموصى له والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره فان أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه فان يبست الشجرة فحطبها للوارث وان وصى له بثمرتها مدة بعينها فلم تحمل في تلك المدة فلا شيء للموصى له وان قال لك ثمرتها أول عام تثمر صح وله ثمرتها في ذلك العام وكذلك اذا وصى له بما تحمل أمته أو شاته وان وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وقام صاحب الرقبة مقام الوارث فيما له وان وصى له بابن شاته وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وان أوصى بلبنها أو صوفها صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) وإذا وصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تتعلق حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الانفاق فهما بمنزلة الشريكين أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من

مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ماحاباها به وان ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها دخلها الدور فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الاشيا ثم رجع اليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثه فكان لها ثمانية رجع الى ورثة الزوج نصفها اربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فان ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ماحاباها به الى ورثة الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها . وان كان المرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء اربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر رجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة . وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان. والباب في هذا ان تنظر مايبقى في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا والشيء هو خمسا شيئين ونصف وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف مابقي

(فصل) [القسم الثالث] أن يخالعها في مرضها بأكثر من مهرها فمذهب أحمد أن لورثتها أن

سقيه والانفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يجبر على الانفاق عليه هذا قول أبي بكر لان في ترك الانفاق ضرراً عليهما واضاعة للمال وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا إضرار » ونهى عن اضاعة المال (والثاني) لايجبر على الانفاق على مال نصيبه ولا على مال غيره إذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا واصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر الى مبانانه فامتنع وينبغي أن تكون النفقة عليهما على قدر قيمة كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع

(فصل) وان أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا باذن الآخر وايهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وان اتفقا على بيعه واصطلحا على لبسه جاز لان الحق لهما

(فصل) فان وصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فان أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لانه يجوز أن ينقص أجره عن الدنيا وان كانت الدار لا يخرج من الثلث فلهم بيع مازاد عليه خاصة وترك الباقي فان كان عليه دينار أو أقل فهو للموصى له وان زادت فله دينار والباقي للورثة.

﴿مسئلة﴾ تصح الوصية بالمكاتب اذا قلنا يصح بيعه)

لايعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الاقل من العوض أو ميراثه منهـا وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالعها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لانها متهمة في أنها قصدت ايصال أكثر من ميراثه اليه وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعن مالك ان خلع المريضة باطل. وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفه ان خالعها قبل دخوله بها أومات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث، ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لامال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قل صداقها أو كثر لانها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثناعشر لانها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة ، وان كان صداقها ستة فله أربعة عشر لان ثلث الباقي ثمانية . مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقي له ثم رجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء صار مع ورثته خمسة وتسعون الا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالخلع أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي المرأة أربعة وعشرون ، وعند الشافعي يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة الا ثلثي شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو

لانه مملوك يصح بيعه فصحت الوصية به كالقن ويقوم من انتقل اليه مقام السيد في الاداء اليه وان عجز عاد رقيقا له وان عتق فالولاء له كالمشتري فان عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لاينافيها وان أدى بطلت فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي فعجز في حياة الموصي صحت الوصية وان عجز بعد موته بطلت كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قال ان عجز بعد موتي فهو لك ففيه وجهان نذكرهما في العتق فيما اذا قال ان دخلت الدار بعد موتى فأنت حر

(مسئلة) وان وصى له بمال الكتابة أو بنجم منها صح

لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لايملكه في الحال كحمل الجارية وللموصى له أن يستوفي المال عند حلوله وله ان يبريء منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيده لانه المنعم عليه فان عجز وأراد الوارث تعجيزه وأراد الوصي انظاره فالقول قول الوارث لان حق الوصي في المال اذا كان العقد قائما وحق الوارث متعلق به اذا عجز يرده في الرق وليس للوصي ابطال حق الوارث من تعجيزه وكذلك إن أراد الوارث انظاره واراد الوصي تعجيزه فالحكم للوارث ولاحق للوصي فى ذلك ولا نفع له لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للوارث وان وصى بما يعجله المكاتب صح فان عجل شيئا فهو للوصي وان لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية

سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث العشرة وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع إلى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا اذا ماتت بعد انقضاء عدتها ، وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه وهو ثمانية وخمسون وهو الذي صحت المحاباة فيه فلها ذلك . وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

فصل في الهبة

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتا فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ذلك أربعون رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثة أخي الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فتأخذ ثلثه اثنين وتلقى نصفه

(مسئلة) (وان وصى لرجل برقبته ولآخر بما عليه صح فان أدى الى صاحب المال أو ابرأه منه عتق وبطلت وصيته صاحب الرقبة)

قاله أصحابنا ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه ولو لم يوص بها كان الولاء له فاذا أوصى بها كان الولاء للموصى له وكما لو وصى له بالمكاتب مطلقا لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت وصية صاحب المال وان كان صاحب المال قبض من مال الكتابة شيئا فهو له فان اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما ذكرنا

(فصل) فان كانت الكتابة فاسدة فوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم يصح لانه لا شيء في ذمته فان قال أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدى منها المال كما يؤدى في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب فيها صح لانها تصح في المكاتبة الصحيحة ففي الفاسدة أولى والله أعلم

(فصل) واذا قال اشتروا بثلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه الى المكاتبين لانه أوصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسع الثلث لم يجز أن يشتري أقل منها لانها أقل الجمع فان قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال « من أعتق امرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك وان أمكن

سهما يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذي اسقطته لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض في مسئلة الرد، وشبه هذه المسئلة من مسائل الرد أم واختان فللاختين أربعة والأم سهم يسقط ذكر السهم السادس، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهما يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له ويبقى ستة للواهب وهي مثلا ما جازت الهبة فيه، وإن خلف امرأة وبنتا فمسئلتها من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال وتأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهي ثمانية تلقي منها الثلاثة يبقى خمسة فهي الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) فان وهب مريض مريضا مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها الاول، ولا يملك سواها فبالباب نضرب ثلاثة في ثلاثة ونسقط منها سهما يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها الكل سهم

شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أفضل لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك الا باعتاق جميعه، وهذا التفصيل والله أعلم من النبي ﷺ انما يكون مع التساوي في المصلحة، فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق وله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة في العتق بل ربما تضرر به من فوات نفقته وكفايته ومصالحه وعجزه بعد العتق عن عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة فان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع من الاجزاء في الكفارة والله أعلم

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ومن اوصي له بشيء بعينه فتلف قبل موت الموصي او بعده بطلت الوصية) كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا اوصي له بشيء فهلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين فاذا ذهب ذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلا يضمنوا شيئاً

﴿مسئلة﴾ (ولو تلف المال كله غيره بعد موت الموصي فهو للموصى له)

خمسة وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهما يبقى سهمان فهو للموهوب الاول وذلك هو الربع وبالجبر قد صحت الهبة في شيء ثم صحت الهبة الثانية في ثلثه بقي للموهوب الاول ثلثا شيء وللواهب مائة الا ثلثي شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلاثين ونصفا رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للموهوب له خمسة وعشرون فان خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان إلا ثلثي شيء تعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمسون

(فصل) فان وهب رجل رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشي خمس

لان حقوق الورثة لم تتعلق به لتعينه للموصى له ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال لحقوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد ان اخذه الموصي له وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبدا قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به

﴿مسئلة﴾ (وان لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الأخذ)

وذلك لان الاعتبار في قيمة الوصية وخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فينظركم كان الموصى به وقت الموت فان كان ثلث التركة او دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر الاموال او اكثر منه او هلك المال كله سواه فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وأن كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد او نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لأنهما ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً الا ان يجيز الورثة وان كانت قيمته اربعمائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد

﴿ مسئلة ﴾ (فان لم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين في ذمة موسر اومعسر فللموصى له ثلث الموصى به وكلما اقتضى من الدين شيء او حضر من الغائب ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يكمله كله)

ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة اخماس مهرها ستة، ولو وطئها اجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطيء فان لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر ثلثه، وإن وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ماجازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون الا شيئا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليهم عقر الذي جازت الهبة فيه فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها

(فصل) وإن وهب مريض رجلا عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قبل الموهوب له اما أن تفديه واما أن تسلمه فان اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاص الهبة فيه وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار فداءه ففيه روايتان.

(احداهما) يفديه باقل الامرين من قيمة نصيبه منه اوارش جنايته (والاخرى) يفديه بقدر ذلك من ارش جنايته بالغة مابلغت، فان كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين ان الشيء نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار

وجملة ذلك ان من اوصى بمعين حاضر وسائر ماله دين او غائب فليس للوصي اخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين لانه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله ويأخذ الوصي من المعين ثلثه وهو ظاهر كلام الخرقي ذكره في المدبر وقيل لا يدفع اليه شيء لان الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل الورثة مثلاه ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لاصحاب الشافعي، والصحيح الاول لان حقه في الثلث مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولانه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمتنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وان لم ينتفع الورثة بشيء كما لو ابرأ معسراً من دين عليه وقال مالك يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته ثلث المال لان الموصي كان له ان يوصي بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لانه يؤدي الى ان يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة ان رضيتم بذلك والا فعودوا الى ماكان له ان يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه اوصى بمالا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازما كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه إلى مالم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله الى معين، وكما لو كان المال كله

دفعه فان الهبة تجوز في شيء وتدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لانتقاص الهبة وخمسا من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ماجاز الهبة فيه وان اختار فداءه فداه بخمسي الدية ويبقى لهم ثلاثة اخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمساه، وان كانت قيمته نصف الدية او أقل وقلنا نفديه بارش جنايته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها اكثر من مثلي قيمته اومثليها ، وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه، فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ماجازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يفدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئاً فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة اثمان العبد فيفديه بسبعة اثمان الدية

(فصل) مريض أعتق عبدا لا مال له سواه قيمته مائة فقطع اصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ماعتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه

حاضراً أو غائباً . إذا ثبت هذا فان الموصى له ثلث العين الحاضرة وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل الموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناراً وابناً ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها ثلاثة وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فتكمل له التسعة فان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفي من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه فاذا استوفى الدين كله كمل الموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها ، واخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضي من الدين مثليه كملت وصيته .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك الحكم في المدبر) في أنه يعتق في الحال ثلثه وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه ان خرج من الثلث .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفائه فكلما اقتضي منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتي يستوفي وصيته ، وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر .

لان عليه من ارش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها ان تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد الا شيئا وشيء يعدل شيئين فاسقط شيئا بشيء بقي مامعه من العبد يعدل شيئا مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لانه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف الشيء وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد يعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمساه . وان كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر وان كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين فبقية العبد إذاً ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه ، وعلى هذا القياس إلا أن مازاد في العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء مايقابله من القيمة كما اذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم فكلما اقتضى من القيمة شيئا عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الادنى على الارفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدين فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنايته وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ماعتق منه . وحسابها أن تقول عبد عتق منه شيء وعليه نصف شيء لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبدين تعدل شيئين فعلمت أن بقية العبدين شيء ونصف فاذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صارا جميعا يعدلان

والثاني ان الورثة شركاؤه في الدين وليس له معهم شركة في العين فلا يختص بما يخرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر ، وكما لو وصى لرجل بالعين ولآخر بالدين فالمنفرد بوصية الدين لايختص بما خرج منه دون صاحبه كذا ههنا .

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه ، وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين فاذا استوفي الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال ، وإن استوفي الدين قبل القسمة قسما بينهما كذلك للموصى له ثلث العبد ربعه ، لأن للوصيين أربعة أتساع المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما ، فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه ، وفي المسئلة أقوال سوى ماقلناه تركناها لطولها ، وهذا أسدها إن شاء الله لانا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث فان أجيزلهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عيناوعشرة دينا على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله فان الوصي والابن الذي لادين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا

شيئين ونصفا فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس أحدهما . وان وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لان الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر مافيه من الحرية والرق والواجب له من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه ، وإن أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون وقيمة الآخر ثلاثون فجنى الادنى على الارفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فان خرجت القرعة للادنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيآن وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتهما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربع[1] وهي من الادنى نصفه وخمساه ونصف سدس عشره ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق ، وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا مايستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(١) صوابه ستة وعشرون وربع وهي من الادنى نصفه وربعه وثمنه

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة اذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فانه قال في رواية صالح وحنبل تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال

دينه ويبقى لهما عليه ثلثه، فان كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماسا للوصي خمساها أربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فاذا استوفى قسم بينهما أخماساً كما قسمت العين لان الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين أخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ماعليه لان له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه :

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلا تبعها وهو للموصى له ، وان كان منفصلا في حياة الموصي فهو له يكون ميراثا وإن حدث بعد الموت قبل القبول فهو للورثة في ظاهر المذهب وقيل للوصي وقد ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾ (وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث الباقي وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان منهم أوماتا فله ثلث الباقي)

اذا وصى له بمعين فاستحق بعضه فله ما بقي منه ان حمله الثلث فاذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئا معينا وان وصى له بثلث ثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له الا ثلث الباقي

ابو بكر لايختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لاتصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلى روايتين ، وقال ابن أبي موسى لاتصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولا واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص، وفيه وجه آخر لاتصح حتى يبلغ ، وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبدالعزيز وشريح وعطاء والزهري واياس وعبدالله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك وإسحاق، قال إسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة وحكاه ابن المنذر عن احمد وعن ابن عباس لاتصح وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي والشافعي قولان كالمذهبين . واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالهبة والعتق ولأنه لايقبل اقراره فلا تصح وصيته كالطفل

ولنا ماروي أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته، رواه سعيد، وروى مالك في موطئه عن عبدالله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له فقال عمر فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين الفا وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم، قال ابو بكر وكان الغلام ابن عشر أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة انتشرت فلم تنكر ولأنه تصرف تمحض نفعا للصبي فصح منه كالاسلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي باكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بعبد لا يملك غيره قيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فالموصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد والموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه وان ردوا فقال الخرقي الموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد والموصى له بالعبد نصفه قال شيخنا وعندي أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في حال الاجازة لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ولصاحب العبد ربعه وخمسه)

وجملة ذلك أنه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلثه فاجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقسم بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو وصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه فاما في حال الرد فان كانت وصيتهما لاتجاوز الثلث مثل ان يوصي لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحالة الاجازة سواء إذ لا أثر للرد وان جاوزت الثلث رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتيهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال هذا قول الخرقي وسائر الاصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في حال الاجازة وهذا

غناه عن ماله وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فانه يفوت من ماله مايحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لاعقل له ولا يصح اسلامه ولا عباداته .

وقوله اذا وافق الحق يعني اذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ، قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

(فصل) فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والبرسم فلا وصية لهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهم الحق جازت وليس بصحيح فانه لاحكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لاضرر فيها فلأن لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه أولى ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منهما كالبيع والهبة

(فصل) فأما المحجور عليه لسفه فان وصيته تصح في قياس قول أحمد قال الخبري وهو قول الاكثرين ، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان

ولنا أنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل ولان وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر فصحت كعباداته ، وأما الذي يجن أحيانا ويفيق أحيانا فان وصى حال جنونه لم تصح ، وإن وصى في حال

قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومالك في الرد يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقي الا أن الخرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصي له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وفي قول الخرقي يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلث الجميع،وأما في قول شيخنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شرك معه غيره فيه وصاحب السدس أفرد بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي هذه المسألة لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضم اليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسم العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعاً كما في مسائل العول وفي حالة الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتيهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه،وفي قول شيخنا تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع

عقله صحت وصيته لانه بمنزلة العقلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك في وصيته وتصرفاته ولا تصح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعني وجهين

ولنا أنه ليس بعاقل فلا تصح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فانما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فانه لاضرر عليه فيها انما الضرر على وارثه ، وأما الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والا فهو كالعاقل

(فصل) وتصح وصية الاخرس اذا فهمت اشارته لانها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما ، فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم تصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة، وقال الشافعي وابن المنذر تصح وصيته لانه غير قادر على الكلام أشبه الاخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم فقعدوا . رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تصح وصيته باشارته كالقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن اشارة القادر لا تصح بها وصية ولا اقرار ففارق الاخرس لانه مأيوس من نطقه

يكن اثني عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة فبضمها الى صاحب الثلث تصير عشرين سهماً ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من المائتين وهي خمسها وثلثه من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه .

وفي الرد لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه هذا قول أبي الخطاب وهو قياس قول الخرقي وعلى اختيار شيخنا لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه والطريق فيها ان ينسب الثلث الى ماحصل لهما في حال الاجازة ثم يعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل نسبة الثلث اليه وعلى قول الخرقي ينسب الثلث الى وصيتيهما جميعاً ثم يعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة وبيانه في هذه المسئلة أن نسبة الثلث الى وصيتيهما بالحسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لانه وصيته ولصاحب النصف الخمس لانه خمسا وصيته وعلى اختيار شيخنا قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لامال لهم ، وإن أعتقوهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولا صحيحا وأهليـة تامة وانما فارقوا الحر بأنهم لامال لهم والوصية تصح مع عدم المـال كما لو وصى الفقير الذي لاشيء له ثم استغنى ، وإن قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) وتصح وصية المسلم للذمي والذمي للمسلم والذمي للذمي ، روي اجازة المسلم للذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضي الله عنه واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا) هو وصـية المسلم لليهودي والنصراني . وقال سعيد حدثنا سفيان عن أيوب عن عكرمة أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليـه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلث المائة الف ولانه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وانها صحت وصية المسلم للذمي فوصـية الذمي للمسلم والذمي للذمي أولى ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه أو لاجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء

(فصـل) وتصـح الوصـية للحربي في دار الحرب نص عليـه أحمـد وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشـافعي رضي الله عنـه ، وقال بعضهـم لاتصح وهو قول أبي حنيفة لان الله

فلكل واحد منهما مما حصل في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه

(فصل) فان كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب النصف تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الاول وعلى اختيار شيخنا لصاحب العبد ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسه ومن المال ثمانون وهو ربعها وسدس عشرها وان وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالعبد ففي الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسـة لصـاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره وللاخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل وهو ثمانون .

(فصل) فلو خلف عبدا قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب المائة بنصف الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلث وثلث المائة وعلى الوجه الاخر لصاحب العبد ربعه وللاخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما الى نصف نصيبه فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى بسدس ماله لرجل ولآخر بالعبد فلا أثر للرد هنا ويأخذ صاحب المشاع سدس

تعالى قال (لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم — إلى قوله — انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لايحل بره

ولنا انه تصح هبته فصحت الوصية له كالذمي ، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال يارسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ماقلت فقال « اني لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر أخا مشركا له بمكة . وعن أسماء بنت أبي بكر قالت أتتني امي وهي راغبة -تعني عن الاسلام- فسألت رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله أتتني أمي وهي راغبة أفأصلها ؟ قال « نعم » وهذان فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانه نهي عن توليه لا عن بره والوصية له ، وان احتج بالمفهوم فهو لايراه حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة والوصية في معناها ، فأما المرتد فقال أبو الخطاب تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبي موسى لا تصح لان ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ولان ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لانه لايجوز هبتها له ولا بيعها منه ، وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية ، وان أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى ان الملك لا يثبت إلا بالقبول لانه لايجوز أن يبتدىء الملك على مسلم ومن قال يثبت

المال وسبع العبد وللآخر ستة أسباعه فان وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضا لان الوصيتين لاتزيد على ثلث المال .

﴿مسألة﴾ وان وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة فلم يزد الثلث على المائة وذلك إذا كان المال ثلاثمائة بطلت وصية صاحب التمام)

لانه لم يوص له بشيء أشبه مالو أوصى له بداره وليس له دار ويقسم الثلث في حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتهما ، وإن زاد الثلث على المائة بأن يكون المال ستمائة فأجازوا نفذت الوصية على ماقال الموصي فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل واحد من الوصيين مائة ، وإن ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لان الوصايا رجعت الى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا ، وهذا اختيار شيخنا . (والثاني) لاشيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين فلا يحصل لصاحب التمام إذا كان المال ستمائة شيء ، اختاره القاضي لانه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، ولم يفضل ههنا له شيء قال ويجوز أن يزاحم به ولا يعطي شيئاً كولد الاب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد يزاحم الجد بالاخ من الأب ولا يعطيه شيئاً ، فان كان المال تسعمائة ورد الورثة فعلى الوجه الاول لصاحب الثلث مائة وخمسون ولصاحب المائة خمسون ولصاحب التمام مائة لان الوصية كانت بالثلثين فرجعت الى الثلث فرددنا كل واحد منهم الى نصف وصيته ، وعلى الوجه

الملك بالموت قبل القبول قال الوصية صحيحة لاننا نتبين أن الملك يثبت بالموت لانه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك

(فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو ذمياً فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتها أو الانفاق عليها كان باطلا وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي يصح فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحباه ، وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة لأنها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ؛ وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح لانها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوبا من التوراة . وذكر القاضي انه لو أوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد إعظامها بذلك صحت الوصية لان الوصية لأهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم صحيحة ، والصحيح ان هذا مما لا تصح الوصية به لان ذلك انما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح ، وان وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

الثاني لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء ولصاحب التمام خمسون وهذا اختيار القاضي .

(فصل) فان ترك ستمائة ووصى لاجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة ، وإن رد الاول وصيته فللآخر مائة ، وإن وصى للاول بثمانين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني، سواء رد الاول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق إن رد الاول فللثاني مائتان في المسئلتين .

ولنا أن المائة ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قتل الاول ولو وصى لوارث بثلثه ولآخر بتمام الثلث ، فلا شيء للثاني ، وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا .

باب الوصية بالانصباء والاجزاء

إذا وصى لرجل بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسئلة ومزادا عليها ، هذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين ، أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لان نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث ، وقال مالك أن كانوا يتفاضلون نظر الى عدد رؤسهم فاعطي سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤسهم .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى لاهل قرية لم يعط من فيها من الكفار الا أن يذكرهم)

يعني به المسلم إذا أوصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهي للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار . وقال الشافعي رضي الله عنه يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولان الكافر لو أوصى لأهل قريته أو قرابته دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم

ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم ، ولان ظاهر حاله انه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامة في الميراث فكذا ههنا لان الوصية أجريت مجرى الميراث ، وان صرح بهم دخلوا في الوصية لان صريح المقال لا يعارض بقرينة الحال ، وان وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقرابته وكلهم كفار دخلوا في الوصية لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية وان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لان اخراجهم بالتخصيص ههنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وان كان أكثر أهلها كفاراً فظاهر كلام

ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعل مثلا له ، وهذا يفضي إلى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به والعبارة تقتضي التسوية .

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا وصى له بمثل نصيب ابنه ، وله أبنان ، فله الثلث وإن كانوا ثلاثة فله الربع وإن كان معهم بنت فله التسعان لان المسئلة من سبعة لكل ابن سهمان ويزاد عليها مثل نصيب ابن ، سهمان ، فتصير تسعة فالاثنان منها تسعاها .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين)

تصح الوصية وتكون كما لو وصى بمثل نصيب ابن ، وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود ، والوجه الثاني : لا تصح الوصية ، وهو الذي ذكره القاضي ، وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه ، لانه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني ، وبما يأخذه ابني ، ووجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ، أي بمثل نصيب ابني ولانه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن وصى بضعف نصيب ابنه أو ضعفيه فله مثله مرتين وإن وصى بثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله) .

الخرقي انه للمسلمين لانه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وان كان باخراج الاكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لان التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الاكثر بعيد يحتاج فيه الى دليل قوي والحكم في سائر ألفاظ العموم مثل ان يوصي لاخوته او عمومته او بني عمه أو اليتامى اوالمساكين كالحكم في ما اذا اوصى لاهل قريته فاما ان اوصى بذلك كافر فان وصيته تتناول اهل دينه لان لفظه يتناولهم وقرينة حاله ارادتهم فاشبه وصية المسلم التي يدخل فيها اهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل ان لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا في الوصية وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (احدهما) لا يدخلون كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم (والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم احق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو احق بحكمه الى غيره وان كان في القرية كافر من غير اهل دين الموصي لم يدخل في وصيته لان قرينة حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولوية فبقي خارجا بحاله ويحتمل ان لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم

قال شيخنا هذا الصحيح عندي ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، كلما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة)

إذا وصى بضعف نصيب ابنه فله مثلا نصيبه، وبه قال الشافعي، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل لقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين، وقوله (فآتت أكلها ضعفين) أي مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل .

ولنا على أن الضعف مثلان قوله تعالى (إذاً لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ، وقال (وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) وروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من الثمانين عشرة ، وقال لحذيفة وعثمان بن حنيفة لعلكما حملتما الارض مالا تطيق ، فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتملت ، قال الازهري الضعف المثل فما فوقه ، فأما قوله ان الضعفين المثلان فقد روى ابن الانباري عن هشام ابن معاوية النحوي قال العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول ان أعطيتني درهما فلك ضعفاه ، أي مثلاه، وإفراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد وكلاهما يراد به المثلان واذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم وإن خالفنا القياس .

(فصل) وان وصى له بضعفيه فله مثله مرتين وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندي ، وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله وعلى هذا كلما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة ، وهو قول الشافعي ، واحتجوا بقول أبي عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه : هو ومثلاه وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، وقال أبو ثور ضعفاه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اوصى بكل ماله ولا عصبة له ولا مولى له فجائز وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله رواية اخرى لا يجوز الا الثلث)

اختلف الرواية عن احمد رحمه الله في من لم يخلف من ورائه عصبة ولا ذا فرض فروي عنه ان وصيته جائزة بكل ماله ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق واسحاق واهل العراق والرواية الاخرى لا يجوز الا الثلث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثا

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث انما كان لتعلق حق الورثة بدليل قول النبي ﷺ «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وهاهنا لا وارث له يتعلق حق بماله فاشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم اشبه حال الصحة او اشبه الثلث

(فصل) وان خلف ذا فرض لا يرث المال كله كبنت او ام لم يكن له الوصية باكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي ﷺ لا يرثني الا ابنتي فمنعه النبي ﷺ من الزيادة على الثلث ولانها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبة، وان كان لها زوج او للرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها او دين فأما ذو الارحام فظاهر كلام الخرقي

أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لانه قد ثبت ان ضعف الشيء مثلاه فتثنيته مثلا مفرده .

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة : تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ، ولا خلاف بين المفسرين فيما علمنا في تفسير قوله تعالى : (يضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات فان الله تعالى انما يريد تضعيف الحسنات على السيئات هذا المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه فيه غيره وأنكر قوله قال ابن عرفة لا أحب قول ابي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل هشام بن معاوية النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس ونسبة الخطأ اليه أولى من تخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد ، لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم ، واهل العربية ، فلا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل ، فقد شذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس .

انه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ولا عصبة له ولا مولى له وذلك لان ذا الرحم ارثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء الا عند عدم الرد والمولى لا تجب نفقته ويحتمل ان لا تنفذ وصيته باكثر من ثلث لان له وارثا فيدخل في معنى قوله عليه السلام «انك ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم في حياته فاشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مسا وأنهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا والعصبات

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله وقال أوصيت لفلان بثلثي على انه لا ينقص ذا الفرض شيئا من فرضه او خلف أمراة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين ان يجعلها من رأس المال او من الزائد على الفرض واما (المسئلة الثانية) فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صحت هاهنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فهاهنا مثله لان بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال اذا عين الوصية من نصيب العصبة منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

(فصل) ولو وصى بمثل نصيب من لا نصيب له كمن يوصي بمثل نصيب ابنه وهو لا يرث لرقه أو كونه مخالفاً لدينه أو بنصيب اخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للوصي لانه لا نصيب له فمثله لا شيء

(مسئلة) (واذا وصى له بمثل نصيب احد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيباً)

فلو كانوا ابناً واربع زوجات صحت من اثنين وثلاثين سهما لكل امرأة سهم وللموصى له سهم يزاد عليها فتصح من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصي سهم ولكل امرأة سهم والباقي للابن. وجملة ذلك انه اذا وصى بمثل نصيب احدهم غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب احدهم مزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم وان كانوا يتفاضلون كهذه المسئلة فله مثل اقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك ان كانو يتفاضلون نظر إلى عدد رءوسهم فأعطي سهماً من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم

ولنا أن اليقين أن يعطى الوصي مثل أقلهم نصيباً وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهماً من عددهم مخالف لما يقتضيه لفظ الموصي لانه ليس بنصيب أحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي عملا بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا وقوله تعذر العمل بقول الموصي ممنوع فقد أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لم يجز أن يجب في ماله حق لم يأذن فيه ولم يأمر به ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وان قال أوصيت بمثل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اوصى لعبده بثلث ماله فان كان العبد يخرج من الثلث عتق ومافضل من الثلث بعد عتقه فهوله ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث الا ان يجيز الورثة)

وجملة ذلك انه اذا اوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث اوربع او سدس صحت الوصية فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وان لم يخرج عتق منه بقدر الوصية وبهذا قال الحسن وابن سيرين وابو حنيفة الا أنهم قالوا ان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه وقال الشافعي رضي الله عنه الوصية باطلة الا ان يوصي بعتقه لانه اوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين

ولنا ان الجزء الشائع يتناول نفسه او بعضها لانه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كما لو قال اعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه مافضل منه، وفارق مااذا أوصى بمعين لانه لايتناول شيئاً منه

نصيب أكثرهم ميراثاً فله ذلك مضافاً إلى المسئلة فيكون له في هذه المسئلة ثمانية وعشرون تضم إلى المسئلة فتكون ستين سهما .

﴿ مسئلة ﴾ (ولو وصى له بمثل نصيب وارث لو كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه)

فان خلف ابنين ووصى بمثل نصيب ثالث لو كان فللموصى له الربع وان خلف ثلاثة بنين فله الخمس وان وصى بمثل نصيب خامس لوكان فللموصى له السدس وعلى هذا أبداً ، فلو خلفت امرأة زوجاً وأختاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس لان للام الربع لوكانت فيجعل له سهم مضاف إلى أربعة يكن خمساً فقس على ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ (فان خلف أربعة بنين فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان الا مثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية فله سهم يزاد على ثلاثين وتصح من اثنين وستين له سهمان ولكل ابن خمسة عشر)لانه استثنى السدس من الخمس . فطريقها أن تضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر تكن ثلاثين خمسها ستة وسدسها خمسة فاذا استثنيت الخمسة من الستة بقي سهم الموصى له فزده على الثلاثين تصر واحدا وثلاثين فأعط الموصى له سهما يبقى ثلاثون على أربعة لاتنقسم وتوافق بالنصف فزدها إلى خمسة عشر واضربها في أربعة تكن ستين زد عليها سهمين الموصى له ولكل ابن خمسة عشر. وطريقها بالجبر أن تجعل المال أربعة وشيئاً تدفع الشيء الى الموصى له يبقى أربعة

(فصل) فان وصى له بمعين من ماله كثوب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الاكثرين وبه يقول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وان شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما اذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه

(فصل) وإن وصى له برقبته فهو تدبير يعتق ان حمله الثلث وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال أبو ثور الوصية باطلة لانه لا يملك رقبته

ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح كما لو وصى بأبيه ولان معنى الوصية له برقبته عتقه لعلمه بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن اعتاقه بعد موته، وإن وصى له ببعض رقبته فهو تدبير لذلك الجزء وهل يعتق جميعه اذا حمله الثلث؟ على روايتين ذكرهما الخرقي فيما اذا دبر بعض عبده وهو مالك لكله، وقال أصحاب الرأي يسعى في قيمة باقيه وهذا شيء يأتي في باب العتق ان شاء الله تعالى

(فصل) وإن وصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح سواء اوصى له بجزء شائع أو معين لان ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله، وإن وصى لأم ولده صحت الوصية لانها

تقسمها على خمسة يخرج أربعة أخماس وتقسمها على ستة يخرج ثلثان فتسقط الثلثين من أربعة الاخماس يبقى سهمان من خمسة عشر ثم تضرب الاربعة الاسهم في الخمسة عشر لانها مخرج الثلث تكن ستين تزيد عليها السهمين فهي للموصى له ولكل ابن خمسة عشر فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها الخمس اثنا عشر والسدس عشرة

(فصل) وإذا خلف بنتاً وحدها ووصى بمثل نصيبها فهو كما لو وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد لانه يأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، وعلى قول مالك ومن وافقه للموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي ومابقي لبيت المال، فان خلف ابنتين ووصى بمثل نصيب إحداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم الربع وعلى قول مالك الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة. فان خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين وعلى قول من لا يرى الرد هي من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك للموصى له السدس وللجدة سدس مابقي والباقي لبيت المال .

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل انصبائهم فالمال بينهم على ستة ان أجازوا وان

حرة حين لزوم الوصية ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه وصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد وروي ذلك عن عمران بن الحصين وبه قال ميمون بن مهران والزهري ويحيى الانصاري ومالك والشافعي واسحاق ، وإن وصى لمدبره صح لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد ، وإن لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعا قدم عتقه على الوصية لانه أنفع ، وقال القاضي يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه ، ولنا انه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله

(فصل) وان أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك الى العبد لان العقد مضاف اليه فأشبه مالو وهبه شيئا فاذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد لسيده ولا تفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب فصح من غير اذن سيده كالاحتطاب ، وهذا قول أهل العراق والشافعي ، ولاصحابه وجه أن القبول يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف من العبد فأشبه بيعه وشراءه

ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى اذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح، وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وابو حنيفة ، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد يملك وانما لسيده أخذه من يده ، فاذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالكثير وماذكروه من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير

ردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فان أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم، وفي المجاز له وجهان أحدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول أبي يوسف وابن شريح فتأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهي ثمانية عشر بين البنين على ثلاثة لا تصح فتضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن أحد عشر (والوجه الثاني) ان تضم المجاز له إلى البنين وتقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تنقسم فتضرب في تسعة تكن ستة وثلاثين فان أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداساً على الوجه الاول، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ثم يقتسمونه بينهم على خمسة لا تصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ،فان أجاز أحد البنين لهم ورد الآخر ان عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزا أربعة اتساعه ثمانية يبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة نضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين فان أجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين والله أعلم

(فصل) واذا أوصى بعتق أمته على أن لاتتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وذلك لان العتق اذا وقع لايمكن رفعه ، وإن وصى لام ولده بألف على أن لاتتزوج أو على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت وتركت ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففاتت الوصية، وفارق العتق فانه لايمكن رفعه (والثاني) لاتبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ماشرط عليها كالاولى

(فصل) واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه فقال ابن حامد تجوز الوصية له ، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح فقال احمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقاتل وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قولي الشافعي رضي الله عنه لان الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لاتصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية فالوصية أولى ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها مايمنعه

وقال أبو الخطاب إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعا بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن لان الوصية بعد الجرح

(فصل) في الوصية بالاجزاء إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء فللورثة أن يعطوه ماشاءوا لا نعلم فيه خلافا وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن المنذر وغيرهم لان كل مايعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في الشرع ولا في اللغة فكان على اطلاقه

(مسألة) (وان وصى له بسهم ففيه ثلاث روايات (احداها) له السدس بمنزلة سدس المفروض إن لم تكمل فروض المسألة أو كانوا عصبة أعطي سدساً كاملا وان كملت فروضها أعيلت به وان عالت أعيل معها (والثانية) له سهم مما تصح منه المسألة مالم تزد على السدس (والثالثة) له مثل نصيب أقل الورثة مالم يزد على السدس

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن أوصى بسهم من ماله فروي عنه أن للموصى له السدس روي ذلك علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري (والرواية الثانية) أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهما صحت منه الفريضة فيزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح ، قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا مالم يزد على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق، ووجه ذلك ان قوله سهما ينصرف إلى سهام فريضته لان وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال فريضتي كذا وكذا سهما لك منها سهم (والثالثة) له سهم من سهام اقل الورثة اختارها الخلال وصاحبه قال أحمد في رواية أبي طالب والاثرم إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل أنصيب رجل او نصيب امرأة ؟ فقال أقل ما يكون من السهام قال القاضي مالم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزيد على الثلث فيعطى الثلث، ووجه هذا القول أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له

صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها لانه يبطل ما هو آكد منها، يحققه أن القتل انما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً، وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله . وفارق القتل قبل الوصية فانه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه صح تدبيره

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر اذا خرج من الثلث)

وجملة ذلك أنه اذا أعتق عبداً غير معين فانه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لانه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين الى المعتق كالعتق في الكفارة وكما لو قال لورثته اعتقوا عني عبداً

ولنا أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين فكان اخراجه بالقرعة كما لو أعتقهم فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الاصل حديث عمران بن حصين، فأما العتق في الكفارة فانه لم يستحقه أحد انما استحق على المكفر التكفير، وأما اذا قال اعتقوا عني عبداً فان لم يضفه إلى عبيده ولا إلى جماعة سواهم فهو كالعتق في الكفارة وان قال اعتقوا أحد عبيدي احتمل أن نقول باخراجه بالقرعة كمسئلتنا واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة . وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع الى اختيار الورثة وسيأتي الكلام عليها، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه انه جعل الامر إلى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة اليهم وفي مسئلتنا لم يجعل لهم من الامر شيئاً فلا يكون لهم خيرة

أقلها لانه اليقين، فاذا زاد على السدس دفع اليه السدس لانه أقل سهم يرثه ذو قرابة وقال ابو ثور يعطى سهما من اربعة وعشرين لانها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها اقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاؤا لان ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو وصى له بجزء او حظ وقال عطاء وعكرمة لا شيء له

ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولان السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية فتنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة . إذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة الفروض اعيلت به وان كانت عائلة زاد عولها به وان كانت فيها رد او كانوا عصبة اعطي سدساً كاملا قال احمد في رواية ابن منصور وحرب إذا اوصى لرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا ان تعول الفريضة فيعطى سهما مع العول، فكان معنى الوصية اوصيت لك بسهم من يرث السدس فان وصى له بسهم في مسئلة فيها زوج واخت كان له السبع كما لو كان معها جدة على الروايات الثلاث وكذلك لو كان في المسئلة ام وثلاث اخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة وللموصى له العشر

(فصل) ونقل صالح عن أبيه فيمن له غلامان اسمهما واحد فقال فلان حر بعد موتي وله مائتا درهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شيء . ووجه ذلك والله أعلم أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية لا لمعين، وقال القاضي يجب أن تصح هذه الوصية لان مستحقها حر في حال استحقاقها ونقل عن احمد فيمن قال اعتقوا رقبة عني فلا يعتق عنه الا مسلم وذلك لان المطلق في كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدمي

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أوصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وان اشتروه بأقل فما فضل فهو للورثة)

أما اذا تعذر شراؤه اما لامتناع سيده من بيعه أومن بيعه بالخمسمائة واما لموته او لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة لان الوصية بطلت لتعذر العمل بها فأشبه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثا ولا يلزمهم شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تنصرف إلى غيره، وأما ان اشتروه بأقل فالباقي للورثة، وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته به فأشبه مالو قال بيعوه عبدي بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكما لو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة رد مافضل في الحج

وان كان الورثة ثلاث أخوات مفترقات فللموصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجا وأبوين وابنتين فالمسئلة من خمسة عشر وتعول بسدس آخر الى سبعة عشر وكذلك على قول الخلال لان أقل سهام الورثة سدس وعلى الرواية الاخرى يكون للوصي سهم واحد يزاد على المسئلة فتصير ستة عشر، وان كانوا زوجة وأبوين وابناً فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين، وعلى الرواية الثانية يزاد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين، وعلى الرواية الثالثة التي اختارها الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة ثلاثة فتكون من سبعة وعشرين وان كانوا خمسة بنين فللموصى السدس كاملا وتصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين فتزيد عليها سهما للوصي على احدى الروايات فتصير احدا وأربعين وعلى قول الخلال تزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الاولى تزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها صحيحا فتضربها في ستة ثم تزيد عليها سدسها تكون مائتين وثمانين للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان وأربعون وترجع بالاختصار الى مائة وأربعين. والذي يقتضيه القياس فيما اذا وصى بسهم من ماله أنه ان صح أن السهم في لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كما لو وصى له بسدس ماله والا فهو كما لو وصى له بجزء من ماله على ما اختاره الشافعي وابن المنذر أن الورثة يعطونه ماشاؤا . والاولى انه إن ثبت أن السهم في كلام العرب يراد به السدس فالحكم في ذلك كما لو وصى له بالسدس سواء وان لم يثبت ذلك أعطي مثل سهم أقل الورثة وهو اختيار الخلال واحدى الروايات عن أحمد رحمه الله

(فصل) فلو خلف ابوين وابنتين ووصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسهم منه جعلت ذا السهم كاحد الابوين وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملا وقسمت الباقي بين الورثة والوصي على سبعة

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعا اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة وفي مسئلتنا المقصود العتق . ويفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لان الوصية ثم الحج مطلقا فصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تتعداه ، وقوله انه قصد ارفاق زيد بالثمن ومحاباته به فنقول الصحيح أنه ان كانت ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقا له او ذا حاجة او من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لقلة قيمته فانه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا اليه جميعه وان بذله بدونها ، وان انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه انما قصد العتق وقد حصل فيكون الفاضل عائداً اليه كما لو أمره بالشراء في حياته

(فصل) وان وصى أن يشترى عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بما يخرج من الثلث وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وقال ابو حنيفة تبطل الوصية لانه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل

ولنا أنها وصية يجب تنفيذها اذا احتملها الثلث فاذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبده يحمله الثلث وفارق الوكالة فانه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه ولو أوصى باعتاق عبد لأعتق منه ما يحتمله الثلث فاما ان حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ، ثم ظهر على الميت دين يستغرق

فتصح من اثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ويحتمل أن يعطى الموصى له بالسهم السبع كاملا كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

(مسئلة) (وان وصى بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته اليه وقسمت الباقي على مسئلة الورثة الا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها) فان لم تنقسم ضربت المسئلة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ فمنه تصح

(مسئلة) (وان وصى بجزأين أو أكثر أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على المسئلة فان زادت على الثلث وردوا جعلت السهام الحاصلة للاوصياء ثلث المال وقسمت الثلثين على الورثة فاذا وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه وخلف ابنين اخذت الثلث والربع من مخرجها سبعة من اثني عشر يبقى للابنين خمسة ان اجازوا وان ردوا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسئلة من أحد وعشرين

للوصيين الثلث سبعة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولكل واحد من الابنين سبعة فان أجازا لاحدهما دون الآخر أو أجاز أحدهما لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد من الابنين لواحد فاضرب وفق مسئلة الاجازة وهي ثمانية في مسئلة الرد تكن مائة وثمانية وستين الذي أجيز له سهمه من مسئلة الاجازة مضروب في وفق مسئلة الرد وللمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروب في وفق مسئلة الاجازة والباقي للورثة والذي أجاز لهما سهم من مسألة الاجازة في

المال فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق ان كان اشتراه بعين المال لاننا تبينا أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير اذنهم ، وان كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لان البائع ماغره انما غره الموصي، ولا تركة له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لان الدين لزمه بتغرير الموصي فيرجع به عليه فاذا كان ميتا لزمه في تركته كأرش جنايته

(فصل) وان وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لان الوصية لابد لها من مستحق ولا مستحق ههنا، وان وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية ببيع كذلك لان في البيع ههنا نفعا للعبد بالعتق ، فان لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبعه سيده ، وان وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع به لانه قد قصد ارفاقه بذلك في الغالب وان لم يسم ثمنا بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بارفاق العبد بايصاله الى من هو معروف بحسن الملكة واعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد ارفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد، فان تعذر بيعه لهلاك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن أو بقيمته ان لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا

وفق مسألة الرد وللآخر سهم من مسألة الرد في وفق مسألة الاجازة والباقي بين الوصيين على سبعة وبيان ذلك أن مسئلة الاجازة من اثنى عشر لانها مخرج الثلث والربع لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة يبقى خمسة للابنين لاتصح عليهما تضرب اثنين في أصله تكن أربعة وعشرين للموصى لهما سبعة في اثنين اربعة عشر لصاحب الثلث ثمانية ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين لكل واحد خمسة ، ومسئلة الرد من أحد وعشرين لان ثلثها سبعة للموصى لهما ويبقى أربعة عشر للابنين بينهما نصفين ، فان أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحد الابنين لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فوافق بين مسئلة الاجازة ومسئلة الرد وهما متفقان بالاثلاث فاضرب ثلث احداهما في جميع الاخرى تكن مائة وثمانية وستين كما ذكر، فان كانت الاجازة لصاحب الثلث وحده فسهمه من مسئلة الاجازة ثمانية مضروب في وفق مسئلة الرد وهي سبعة ستة وخمسون لصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسئلة الاجازة ثمانية تكن أربعة وعشرين صار المجموع للوصيين ثمانين سهما والباقي بين الابنين وهو ثمانية وثمانون لكل ابن أربعة وأربعون سهما، وان أجازا لصاحب الربع وحده أخذت سهمه من مسئلة الاجازة ستة من أربعة وعشرين فتضربها في وفق مسئلة الرد وهو سبعة تكن اثنين وأربعين تدفعها اليه ولصاحب الثلث سهمه من مسئلة الرد أربعة تضربها في وفق مسئلة الاجازة وهو ثمانية تكن اثنين وثلاثين فصار المجموع اربعة وسبعين يبقى اربعة وتسعون للابنين، فان اجاز احد الابنين لهما ورد الآخر فللذي اجاز سهمه من مسئلة الاجازة خمسة مضروب في وفق مسئلة الرد سبعة تكن خمسة وثلاثين والذي رد سهمه من مسئلة الرد سبعة مضروب في وفق مسئلة الاجازة وهو ثمانية ستة وخمسون تضمها الى خمسة وثلاثين تكن احدى وتسعين يبقى للوصيين سبعة وسبعون

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد ولمن أوصي له بالعبد ثلاثة أرباعه، وان لم يجز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لان وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لان وصيته في العبد)

وجملته انه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه فأما في حال الرد فان كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الاجازة سواء اذ لا أثر للرد وان جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا هو قول الخرقي وسائر الاصحاب ويقوى عندي انهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الاجازة وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومالك في الرد

بينهما على سبعة لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون فان اجاز كل واحد منهما لواحد فان صاحب الثلث اذا أجاز له الابنان كان له ستة وخمسون واذا ردا عليه كان له اثنان وثلاثون فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين فينقصه رد احدهما نصف ذلك اثني عشر يبقى له أربعة واربعون وصاحب الربع اذا أجازا له كان له اثنان واربعون وان ردا عليه كان له اربعة وعشرون فقد نقصه ردهما ثمانية عشر فينقصه رد احدهما نصفها يبقى له ثلاثة وثلاثون واما الاثنان فالذي اجاز لصاحب الثلث اذا اجاز لهما كان له خمسة وثلاثون واذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فتنقصه الاجازة لها احدا وعشرين لصاحب الثلث منها اثنا عشر يبقى له اربعة واربعون والذي اجاز لصاحب الربع اذا اجاز لهما كان له خمسة وثلاثون واذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فقد نقصته الاجازة احدا وعشرين منها تسعة لصاحب الربع بقي له سبعة وأربعون وللوصيين سبعة وسبعون لصاحب الثلث أربعة واربعون ولصاحب الربع ثلثة وثلاثون فصار المجموع لهما وللابنين مائة وثمانية وستين

(فصل) اذا وصى لرجل بنصف ماله ولآخر بربعه فأجاز الورثة فلصاحب النصف نصف المال والربع للآخر وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على قدر سهامهما لصاحب النصف ثلثاه وللآخر ثلثه وقسمت الثلثين على الورثة هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن ابي ليلى والثوري

يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسئلة الخرقي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقي الا أن الخرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما انه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصي له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية . وفي قول الخرقي رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصي له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لانه وصي له بثلث الجميع ، وأما على قولنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شركه معه غيره فيه كله وصاحب الثلث افرده بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي مسئلتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لايزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم اليها الثلث الذي للآخر يصير اربعة ثم اقسم العبد على اربعة أسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حال الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه

والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة وابو ثور وابن المنذر لا يضرب الموصى له بزيادة على الثلث في حال الرد باكثر من الثلث لان ما زاد على الثلث باطل فكيف يضرب به ؟

ولنا انه فاضل بينهما في الوصية فوجبت المفاضلة بينهما في حال الرد كما لو وصى بالثلث والربع او بمائة ومائتين وماله أربعمائة وبهذا يبطل ما ذكروه ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع ودعوى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ممنوع وقد ذكرنا ما يدل على صحتها فيما مضى فعلى قولنا في هذه المسئلة فللموصى لهما ثلاثة ارباع ان اجاز الورثة ويبقى للورثة الربع، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة وان اجازوا لأحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة واعطيت المجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئله الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة فان اجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما اعطيت للمجيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يجز سهمه من مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة فان اتفقت المسئلتان ضربت وفق احداهما في الاخرى ومن له سهم من احدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت احدى المسئلتين في الاخرى اجتزأت باكثرهما فتقول في هذه المسئلة اذا كان اماً وثلاث اخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من اربعة للوصيين ثلاثة ويبقى سهم على ستة تضربها في اربعة تكن أربعة

وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة اسهم صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلاثة ارباعه وذلك تسعة اسهم فبضمها الى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهما فني حال الرد تجعل الثلث عشرين سهما والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره وان كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه، وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه وطريقها ان تنسب الثلث الى ماحصل لهما في الاجازة ثم تعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل تلك النسبة وعلى الوجه الاول تنسب الثلث الى وصيتهما ثم تعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة، وبيانه في هذه المسئلة ان نسبة الثلث الى وصيتهما بالخمسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لانه وصيته، ولصاحب النصف الخمس لانه خمسا وصيته، وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف فلكل واحد منهما مما حصل له في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له

وعشرين وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة من تسعة يبقى ستة على المسألة وهي ستة فتصح من تسعة، وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثناعشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وان أجازت الام لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الام سهماً في ثلاثة وللباقين خمسة أسهم في ثمانية فالجميع ثلاثة واربعون يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة وان أجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة ولباقي الورثة أربعة وعشرون يبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون ولصاحب الربع ثلاثة عشر.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان زادت الوصايا على المال عملت فيها عملك في مسائل العول فتجعل وصاياهم كالفروض التي فرض الله تعالى للورثة)

إذا زادت على المال وان ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام فاذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من مخرجها اثني عشر وعالت الى خمسة عشر وقسمت المال بينهم كذلك إن أجيز لهم والثلث ان رد عليهم فتصح في حال الاجازة من خمسة عشر وفي الرد من خمسة وأربعين هذا قول النخعي ومالك والشافعي، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا أبو عاصم الثقفي قال: قال لي ابراهيم النخعي ماتقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري؟ قال امسك

ثلثه وان كانت المسئلة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة[1] وسدسه وللآخر ثمنه ونصف سدسه ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها .وان وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالعبد ففي الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره وللاخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ماحصل لصاحبه ومن كل مائة مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث[2] الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللاخر ثلثه وثلث المائة ، وعلى الوجه الاخر لصاحب العبد ربعه وللاخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولاخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والاخر ستة اسباعه .وان وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لان الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه

(١) صوابه ثلثه وخمس تسعه وللاخر تسعه وثلث خمسه

(٢) صوابه بنصف الباقي

اثني عشر فاخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث اربعة ولصاحب الربع ثلاثة وكان أبو حنيفة يقول يأخذ أكثرهم وصية مايفضل به على من دونه ثم يقسمون الباقي ان اجازوا وفي الرد لايضرب لاحد بأكثر بالثلث وان نقص بعضهم عن عن الثلث اخذ اكثر مايفضل به على من دونه ومثال ذلك رجل اوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كمسئلة فيها زوج واختان لاب واختان لام وقال أبو حنيفة صاحب الثلثين يفضلها بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثاً وتصح من ستة وثلاثين لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب الثلث ثمانية وان ردوا قسم بينهم على ثلاثة ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة ان أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة ان أجازوا فلصاحب المال الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وان ردوا اقتسما الثلث نصفين فلايحصل لصاحب الثلث الا السدس في حال الاجازة والرد جميعاً ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المال خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيحصل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والانثى بالسوية ولا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى)

وجملته ان الرجل إذا أوصى لقرابته أو لقرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والانثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئا ، فلو وصى لقرابة النبي ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئا لان الله تعالى لما قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى) يعني قرباء النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس ونوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئا ولم يعط منهم إلا مسلما فحمل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ، ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم لان الوصية لهم سواء ويدخل في الوصية الكبير والصغير والغني والفقير ولا يدخل الكفار لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ . وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى انه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته واخوته من امه ، وان كان لا يصلهم لم يعطوا شيئا لان عطيته لهم في حياته قرينة دالة على

في حال الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حال الاجازة ومتى كان للوصي حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا اخذه منه ولا صرفه الى غيره مع ان ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون وما ذكره لا نظير له مع ان فرض الله تعالى للوارث آكد من فرض الموصي ووصيته ثم ان صاحب الفضل المفروض لا ينفرد بفضله فكذا في الوصايا

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه وخلف ابنين فالمال بينهما على ثلاثة أن أجيز لهما والثلث على ثلاثة ان رد عليهما)

إنما كان كذلك لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فاذا ضممت اليهما النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كمسئلة فيها زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات وان ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف في أحد الوجهين)

لانه موصى له به وإنما منعه أخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له إلا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك إنما كان حقا لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد فيأخذه الابنان ، وان أجازا لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع

صلته لهم بعد مماته والا فلا ، وعنه رواية أخرى انه يجاوز بها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون الى الاب الادنى الذي ينسب اليه وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه ، وإعطاء النبي ﷺ لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك الموضع

وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذي رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعداً فاذا كان له عمان وخالان فالوصية لعميه وان كان له عم وخالان فلعمه النصف وللخالين النصف ، وقال قتادة : للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث وبه قال الحسن قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد ، ولنا ان هذا الاسم له عرف في الشرع وهو ماذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذي الرحم المحرم ، فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفا وشرعا ، وقد تحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخالته وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم فأما ان كان في لفظه مايدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله الا ابن خالي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره

على الوجه الاول والتسع للآخر وعلى الوجه الثاني ليس إلا الثلثان اللذان كانا له في حال الاجازة لهما ويبقى التسعان للورثة

(مسئلة) (فان اجاز احد الابنين لهما دون الآخر فسهمه بينهما على ثلاثة ولا شيء للمجيز وللابن الاخر الثلث والثلثان بين الوصيين على ثلاثة فان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فللآخر التسع وللابن الاخر الثلث والباقي لصاحب المال في احد الوجهين)

وفي الآخر له أربعة أتساع والتسع الباقي للمجيز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف مايتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في أحد الوجهين وهو ثلث ما في يده وربعه وفي الآخر يدفع التسع وهو ثلث ما في يده فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان وللمجيز تسعان والثلث الذي لم يجز، وتصح من تسعة وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلاثين الذي لم يجز اثنا عشر وللمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسألة الرد من تسعة ولصاحب النصف منها سهم فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم ونصف وربع فتضرب مخرج الربع في تسعة تكن ستة وثلاثين

(فصل) في الجمع بين الوصية بالانصباء والاجزاء ، اذا خلف ابنين ووصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن ففيها وجهان (أحدهما) لصاحب النصيب ثلث المال في حال الاجازة كما لو لم يكن معه

(فصل) فان وصى لاقرب أقاربه أو أقرب الناس اليه أو أقربهم به رحما لم يدفع الى الابعد مع وجود الاقرب فيقدم الاب على كل من أدلى به من الاجداد والاخوة والاعمام والابن تقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ويستوى الاب والابن لان كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ويحتمل أن يقدم الابن لانه يسقط تعصيب الاب والاول أولى لان اسقاط تعصيبه لايمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن ، وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقدم ابن الابن على الاب في أحد الوجهين لانه يسقط تعصيبه

ولنا أن الاب يدلي بنفسه ويلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن . والاب والام سواء وكذلك الابن والبنات والجد أبو الاب وأبو الام وأم الاب وأم الام كلهم سواء ثم من بعد الاولاد أولاد البنين وإن سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي أولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات لانهم ولد الاب أو من ولد الام ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الاخوات اذا قلنا لايدخل ولد البنات واذا تساوت درجتهم فأولاهم ولد الابوين ويسوى بين ولد الاب وولد الام لانهما على درجة واحدة وكذلك ولداهما والاخ للأب أولى من ابن الاخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدهم الاعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ويستوي العم من الاب والعم من الام وكذلك ابناؤهما وعلى

وصي آخر وهذا قول يحيى بن آدم وعند الرد يقسم الثلث بين الوصيين نصفين لانه وصى لهما بثلثي ماله وقد رجعت وصيتهما بالرد الى نصفها وتصح من ستة (والوجه الثاني) يحصل لصاحب النصيب مثل مايحصل الابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الاجازة لان الموصى له بالثلث ثلث المال ويبقى سهمان بين الموصى له بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة لاتصح تضربها في ثلاثة تكن تسعة لصاحب الثلث ثلاثة ويبقى ستة لكل ابن سهمان والموصى له بالنصيب سهمان وهي التسعان وفي الرد يقسم الثلث بينهما على الخمسة التي كانت لهما في حال الاجازة لصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان :

﴿مسألة﴾ (وان كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث)

وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الاجازة ثلث الثلثين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهما لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة وانما كان كذلك لان الورثة لايلزمهم اجازة أكثر من ثلث المال فاذا جازوا أكثر من ذلك حسب من نصيبهم لانهم تبرعوا به ويبقى نصيب الموصى له بالنصيب على حاله كانه لم يخرج من المال الا الثلث فيبقى الثلثان بينه وبين الابنين على ثلاثة لان له مثل نصيب ابن فتجعل المسألة من ثمانية عشر لانها أقل عدد له نصف واثنان ثلث لصاحب النصف تسعة لانه مجاز له ويعطي الموصى له بالنصيب ثلث الثلثين أربعة صار الجميع ثلاثة عشر يبقى

هذا الترتيب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه الا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والخالات وهذا القول انما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الثالثة التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليهم اسم القرابة فأما على الرواية التي اختارها الخرقي وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا يعدوهم ذلك ، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس اليه أعطي لثلاثة من أقرب الناس اليه ، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالاخوة فالوصية لجميعهم لان بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم ، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية ، وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فاذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا ، وكذلك إن كان ابن وأخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فان كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجزه والباقي للاخوة ، وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا ممن يرث في الحال أو لم يكن ويسوى بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال .

خمسة للابنين لا تصح عليهما فتضرب عددها في ثمانية عشر تكن ستة وثلاثين للموصى لهما ستة وعشرون لصاحب النصف ثمانية عشر وللآخر ثمانية يبقى عشرة للابنين بينهما نصفين وان ردوا قسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر فتصح من تسعة وثلاثين ثلاثة عشر للوصيين وللابنين ستة وعشرون

(فصل) فان كان الجزء الموصى به الثلثين فعلى الوجه الاول للموصى له بالنصيب الثلث في حال الاجازة وتصح من ثلاثة وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الثاني للموصى له بالنصيب التسع وللآخر الثلثان في حال الاجازة وتصح من تسعة أيضا وفي الرد يقسم الثلث بينهما على سبعة وتصح من أحد وعشرين ، وفي الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين وللآخر الثلثان وأصلها من تسعة وتصح من ثمانية عشر في الاجازة لصاحب الثلثين اثناعشر وللآخر أربعة يبقى سهمان للابنين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ستة عشر وتصح من ثمانية وأربعين

(فصل) فان كان الموصى به جميع المال فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهما على أربعة في حال الاجازة لصاحب المال ثلاثة ولصاحب النصيب سهم كما لو وصى بماله كله وبثلثه ، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على أربعة ، وعلى الوجه الثاني لا يحصل لصاحب النصيب شيء لانه انما يحصل له مثل ابن والابن لا يحصل له شيء وهذا مما يوهن هذا الوجه لانه لا يطرد ويكون الكل لصاحب المال في حال الاجازة وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث ويبقى الثلثان بين صاحب النصيب وبين الابنين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة ولصاحب المال

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن قال لأهل بيتي أعطي من قبل أبيه وأمه)

يعني تعطى أمه وأقاربها الاخوال والخالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقرابته والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فانه قال في رواية عبد الله اذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمنزلة قوله لقرابتي وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد قال النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لي ولأهل بيتي » فجعل سهم ذي القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة . وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال « أذكركم الله في أهل بيتي » قال قلنا من أهل بيته نساؤه؟ قال لا ، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة : آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس ، وقال القاضي : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالاجداد والاعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث . وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فان ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها « اللهم هؤلاء أهل بيتي فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً » ولو وقف على أقارب رجل أو أوصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمناه ،

تسعة فتصح من أحد عشر في حال الاجازة وفي الرد من ثلاثة وثلاثين لصاحب المال تسعة ولصاحب النصيب اثنان ولكل ابن أحد عشر

﴿ مسئلة ﴾ (اذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد ابنيه ولآخر بثلث باقي المال فعلى الوجه الاول لصاحب النصيب ثلث المال وللآخر ثلث باقي المال تسعان والباقي للابنين وتصح من تسعة)

وعلى الوجه الثاني يدخلها الدور لكونه انما يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل للابن وهو لا يعلم ثلث الباقي حتى يعلم نصيب الابن ولا يعلم نصيب الابن حتى يعلم ثلث الباقي فيخرجه ويقسم الباقي على الابنين وصاحب النصيب والتفريع على هذا الوجه . ولعملها طرق (أحدها) أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيبا وانما جعلته ثلاثة أسهم ليكون للباقي بعد النصيب ثلث فيدفع النصيب الى الموصى له به والى الآخر ثلث الباقي سهما يبقى سهمان لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة (والطريق الثاني) طريق الجبر فتأخذ مالا وتلقي منه نصيبا ويبقى مال إلا نصيبا تدفع إلى الوصي الآخر ثلثه وهو ثلث مال الا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين اجبر ثلثي المال بثلثي نصيب ورد على النصيبين مثل ذلك يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اثلاثا من جنس الكسر واقلب وحول فاجعل النصيب اثنين والمال ثمانية ويرجع بالاختصار إلى أربعة (والطريق الثالث) الطريق المنكوس وهي أن تقول للابنين سهمان وهو مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل

والخرقي عدم في القرابة بقوله لا يجاوزبها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى فجعل هاشما الأب الرابع ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي ﷺ أبا لان هاشما انما هو رابع النبي ﷺ

(فصل) وان وصى لآله فهو مثل قرابته فان في بعض ألفاظ زيد بن أرقم من آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده : آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل. والاصل في آل أهل فقلبت الهاء همزة كما قالوا اهرقت الماء وأرقته ، ومدت لئلا تجتمع همزتان

وان وصى لعترته فقد توقف أحمد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الادنون وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فتصرف الوصية اليهم وبذلك فسره ابن قتيبة ، قال : ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه نحن عترة النبي ﷺ وبيضته التي تفقت عنه ، وقال ثعلب وابن الاعرابي : العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلا في ذلك العشيرة ، والاول أصح وأشهر في عرف الناس مع انه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبي ﷺ فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه

وان وصى لقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته ، وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لأنسابي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس ، فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال وقول أبي بكر في

نصفه سهما يصير ثلاثة ثم زد عليه مثل نصيب ابن تصير أربعة وان شئت ضربت ثلاثة مخرج الثلث في ثلاثة وهي عدد البنين مع الوصي تكن تسعة انقص منها واحداً يبقى ثمانية ومنها تصح وتسمى طريق الباب وتعمل بها ما يرد عليك من هذه المسائل

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت وصية الثاني بثلث ما يبقى من النصف فعلى الوجه الاول تصح من ثمانية عشر لصاحب النصيب الثلث ستة وللآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم يبقى أحد عشر للابنين)

وتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر وللآخر سهمان ولكل ابن أحد عشر سهما في حال الاجازة وفي الرد ، وتصح من أحد وعشرين للاول ستة أسهم وللآخر سهم ولكل ابن سبعة وعلى الوجه الثاني يجعل المال ستة أسهم ونصيبين يدفع النصيب الى الموصى له به والى الاخر ثلث باقي النصف سهما والى أحد الابنين نصيبا يبقى خمسة للابن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر للموصى له بثلث باقي النصف سهم يبقى خمسة عشر للموصى له بالنصيب خمسة ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا تلقي منه ثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال الا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبرها بثلثي نصيب وزد على النصيبين مثلها يبقى خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اسداسا واقلب وحول واجعل أجزاء المال النصيب واجزاء النصيب المال يصير النصيب خمسة والمال ستة عشر وان شئت

المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منهما ينتسب الى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له

(فصل) فان وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم وان لم يكن له إلا موال من أسفل فهولهم كذلك،وان اجتمعوا فالوصية لهم جميعا يستوون فيها لان الاسم يشمل جميعهم ، وقال أصحاب الرأي الوصية باطلة لأنها لغير معين ، وقال أبو ثور يقرع بينهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقال ابن القاسم هي للمولى من أسفل ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي (والثالث) هي للموالي من فوق لأنهم أقوى بدليل انهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا

ولنا أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كما لو وصى لاخوته ، وقولهم غير معين غير صحيح فان من التعميم يحصل التعيين ولذلك لو حلف لا كلمت موالي حنث بكلام أيهم كان،وقولهم ان المولى من فوق أقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا شيء لابن العم ولا الناصر ولا لغير من ذكرنا لان الاسم ان لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقية ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه ، وقال زفر يستحق ولا يصح لان مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه ، فان لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر

أخذت نصف مال القيت منه نصيبا يبقى نصف مال الا نصيبا الق ثلثه يبقى ثلث مال الا ثلثي نصيب ضمه الى نصف المال يصير خمسة أسداس إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبر وقابل يصير خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل أسداسا من جنس الكسر واقلب يكن المال ستة عشر والنصيب خمسة كما سبق

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولآخر بنصف باقي المال ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني) أن يعطى نصيبه من ثلث المال (والثالث) أن يعطي مثل نصيب ابن بعد أخذ صاحب النصف وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور والتفريع عليه ولعملها طرق :

(أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً يصير اربعة فتضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهماً يبقى سبعة فهي المال للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم .

﴿ طريق آخر ﴾ أن تزيد سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكن سبعة

﴿ طريق ثالث ﴾ يسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هذا بقية مال ذهب نصفه فاذا أردت تكميله زدت عليه مثله ثم زد عليه مثل نصيب ابن تكن سبعة

يكون لموالي أبيه وقال أبو يوسف ومحمد لاشيء له لانه ليس بمولى له واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازاً فاذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم الى مجازه والعمل به تصحيحاً للكلام المكان عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه محلا صحيحاً وإرادة الصحيح أغلب من ارادة الفاسد، فان كان له موالي وموالي أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالي الاب شيء على مقتضى ما ذكرناه لان الوصية كانت لغيرهم فلا تعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد . ولا يشبه هذا قوله أوصيت لاقرب الناس الي وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن وان كان لا يستحق مع حياة الابن شيئا لان الوصية هنا لموصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً فمع وجودهم جميعا لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة توجد في مولى أبيه ، قال الشريف و يدخل في الوصية الموالي مدبره وأم ولده لان الوصية انما تستحق بعد الموت وهم حينئذ موالي في الحقيقة

(فصل) وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين دارا من كل جانب نص عليه أحمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال « الجار أحق بصقبه » يعني الشفعة وانما تثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة ، وقال قتادة: الجار الدار والداران

وروي عن علي رضي الله عنه في قول النبي ﷺ « لاصلاة لجار المسجد إلا في المسجد » قال من سمع النداء ، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الاقامة ، وقال أبو يوسف الجيران أهل المحلة

(طريق رابع) وهو أن تجعل المال سهمين ونصيبا وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى سهم للبنين يعدل ثلاثة أنصباء فالمال كله سبعة، وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا وتدفع نصف الباقي الى الوصي الآخر يبقى نصف مال الا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كامل يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة

(فصل) فان كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث من ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها الثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال تدفع الى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث سهمان تدفع منها سهما إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة. وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفا وتضربها في المخرج يكن أحداً وعشرين. وبالثالث تعمل كما عملت في الاولى فاذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيبا تدفع النصيب الى الموصى له به والى الآخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع النصيبين الى اثنين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فاذا بسطتها كانت احدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا تلقي من ثلثه نصيبا وتدفع الى الاخ نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف

في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران ، وأما الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ

ولنا ماروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا» وهذا نص لايجوز العدول عنه إن صح وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف

(فصل) وإن وصى لأهل دربه أو سكته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه

(فصل) وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية كما لو وصى لثمان قبائل . والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد. أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع اليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لأنه لايمكن استيعابهم . وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن أنه قال : لايجوز الدفع إلى أقل من اثنين

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه لايجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف وهو مذهب الشافعي. وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من أهل بلده ، وإن وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء

نصيب اجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين تصر ثلاثة ونصفا تعدل خمسة أسداس اقلب وحول يكن النصيب خمسة وكل سهم ستة والمال أحداً وعشرين

(فصل) فان أوصى لثالث بربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة واربعة واضرب بعضها في بعض تكن اربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرون وذلك اثنا عشر يبقى أربعة وثمانون وهي المال ثم انظر الاربعة والعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعها لاجل الوصية الثالثة يبقى أربعة عشر وهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال أحداً وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر. وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصفا في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت أحداً وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن أربعة وثمانين. وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهما والى صاحب الربع سهما ونصفا وثلاثة أرباع نصيب يبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف الورثة تعدل ثلاثة أنصباء فأسقط نصيبا وربعا بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف تعدل نصيبا وثلاثة أرباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الانصباء تكن ستة فصار المال اثنا عشر ومنها تصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع

لانهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعا فيدل على ذلك أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداية بأقارب الموصي على ماذكرنا في باب الزكاة

(فصل) وإن أوصى بشيء لزيد والمساكين فلزيد نصف الوصية وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد لزيد ثلثه والمساكين ثلثاه لان أقل الجمع اثنان ، وقال الشافعي يكون كأحدهم إن عمهم أعطاه كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم ، وحكى أصحابه وجهين آخرين أحدهما كمذهبنا والثاني له ربع الوصية لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا أربعة

ولنا أنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهما كما لو قال لزيد وعمرو ، ولأنه لو وصى لقريش وتميم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم بل يقسم بينهم نصفين كذلك ههنا وإن كان زيد مسكينا لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واسحاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولان تجويز ذلك يفضي إلى تجويز دفع الجميع اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك ، فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لانه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساووا فيه كما لو قال هذا لكم ويحتمل أن يكون كالتي قبلها

(فصل) وإن قال اشتروا بثلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه إلى المكاتبين لانه وصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسع الثلث لثلاثة لم يجز أن يشترى أقل منها لانها أقل الجمع وإن قدرت على أن تشترى أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال «من أعتق امرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار » ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أولى لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « اغلاها

ثلاثة يبقى ستة للبنين لكل ابن سهمان وهذا أخصر وأحسن. وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث المال وربعه الا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل واقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين فتضربها في اثنين ليزول الكسر تصر أربعة وثمانين .

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاولين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع سهم تعدل نصيباً ونصفا ابسطها ارباعا تكن السهام خمسة عشر والانصباء ستة توافقها وتردها الى وفقها تصر خمسة اسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصر سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى الآخر

ثمنا وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك إلا باعتاق جميعه ،وهذا التفضيل والله أعلم من النبي ﷺ للغالية انما يكون مع التساوي في المصلحة فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق فله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة له في العتق وربما تضرر به من فوات نفقته وكفالته ومصالحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا ، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة لان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ، ولا يجوز اعتاق معيبة عيبا يمنع الاجزاء في الكفارة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزأ في الجهاد وجزأ يتصدق به في قرابته وجزأ في الحج ، وقال في رواية أبي داود الغزو يبدأ به. وحكي عنه أنه جعل جزأ في فداء الاسرى، وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب مالم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له

نصف باقي الثلث سهمين والى الثالث ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذه الطريق أخصر. وان عملت بالطريق الثاني أخذت اربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهما ونقصت نصفه وربع ما بقي منه يبقى ثلاثة أثمان زدها على سهام البنين تكن ثلاثة وثلاثة أثمان تضربها في أربعة وعشرين تكن أحداً وثمانين ومنها تصح وبالجبر يفضي الى ذلك أيضاً

﴿مسألة﴾ (وان خلف اما وبنتاً واختاً واوصى بمثل نصيب الام وسبع ما بقي ولآخر بمثل نصيب الاخت وربع ما بقي ولآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي فاعملها بالمنكوس فقل مسألة الورثة من ستة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة يكن تسعة ومثل نصيب البنت ثلاثة تكن اثنى عشر وهي بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه أربعة صار ستة عشر ومثل نصيب الاخت اثنين تكن ثمانية عشر وهي بقية مال ذهب سبعه فزد عليه سدسه ثلاثة يكن احدا وعشرين ومثل نصيب الام سهما يكن

وإذا قال ضع ثلثي حيث يريك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملا بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع ، فان لم يكن فالى جيرانه . وقال أصحاب الشافعي : يجب ذلك لانه رده إلى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا انه قد يرى غير هذا اهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم . ونقل أبو داود عن أحمد انه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فانه يبدأ بهم فانهم أحق ، قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أيعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسون درهما لا يزادون على ذلك ، يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لانه القدر الذي يحصل به الغنى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة فما فضل رد في الحج)

وجملته انه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث لانه وصى بجميعه في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى به في سبيل الله، وليس للولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لانه أطلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى ذلك عوض المثل كالوكيل في البيع ثم لا يخلو اما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصا عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد، فانه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته ، وهذا قول العنبري

وقال القاضي يعان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري ، وعن أحمد انه مخير في ذلك ، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ (الحال الثالث) أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في ثالثة

اثنين وعشرين ومنها تصح تدفع الى الموصى له بمثل نصيب الام سهما وسبع الباقي ثلاثة يبقى ثمانية عشر تدفع الى الموصى بمثل الاخت سهمين وربع الباقي فيحصل له ستة ويبقى اثنا عشر، تدفع الى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة يبقى تسعة تدفع اليه ثلثها ثلاثة يصر له ستة ويبقى ستة للورثة، هذا في حال الاجازة، وفي الرد تجعل الثلث ستة عشر فتصح من ثمانية وأربعين الموصى له بمثل نصيب الام أربعة ولكل واحد من الوصيين الآخرين ستة والورثة اثنان وثلاثون لا تنقسم على مسئلتهم وتوافقها بالانصاف فتضرب وفق أحدهما في الاخرى تكن مائة واربعة واربعين

(فصل) فان خلفت امرأة زوجا وأما وأختاً لاب وأوصت بمثل نصيب الام وثلث ما بقي ولآخر بمثل نصيب الزوج ونصف ما بقي فمسئلة الورثة من ثمانية وهي مال ذهب نصفه فزد عليه مثله يكن ستة عشر ومثل نصيب الزوج ثلاثة تصر تسعة عشر وهو بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه

الى أن ينفد أو يبقى مالا يبلغ حجة فيحج عنه من حيث يبلغ على ماذكرنا من الخلاف فيه ولا يستنيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعا فان كان فرضا أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعا حتى ينفد كما ذكرنا من قبل ، وإن كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطا وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي وإسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وابو حنيفة وداود بن أبي هند ان وصى بالحج فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء فعلى قولهم إن لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة

ولنا قول النبي ﷺ «لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه؟» قال نعم قال «فدين الله أحق أن يقضى» والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي، وان كان تطوعا أخذ الثلث لا غير اذا لم يجز الورثة ويحج به على ماذكرنا فيما مضى

(فصل) واذا أوصى بحج واجب او غيره من الواجبات كقضاء دين وزكاة وإخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يوصي بذلك من صلب ماله فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده ، وان لم يف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب كما لو لم يوص (الثاني) أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضا. فان لم تكن له وصية غير هذه لم تفد شيئا ويؤدي من المال كله كما لو لم يوص ، وان كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب ، وان فضل من

نصفه صار ثمانية وعشرين نصفا فرد عليه مثل نصيب الاخت سهمين يكن ثلاثين ونصفاً ابسطها من جنس الكسر تكن احدا وستين للموصى له بمثل نصيب الام أربعة بقي سبعة وخمسون ادفع اليه ثلثها تسعة عشر بقي ثمانية وثلاثون ادفع الى الموصى له بمثل نصيب الزوج ستة يبقى اثنان وثلاثون ادفع اليه نصفها ستة عشر يبقى ستة عشر للورثة، للزوج ستة وللام اربعة وللاخت ستة هذا في حال الاجازة وفي الرد تجعل السهام الحاصلة للاوصياء وهي خمسة وأربعون ثلث المال فتكون المسئلة جميعها من خمسة وثلاثين .

(مسئلة) (اذا خلف ثلاث بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهما تكن خمسة فهو النصيب وزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر يكن ستة عشر تدفع الى الموصى له بالنصيب خمسة ويستثني من ربع المال اربعة اقسام يبقى له سهم ولكل ابن خمسة)

الثلث شيء فهو للتبرع ، وان لم يفضل شيء سقطت وان لم يف الثلث بالواجب أتم من رأس المال هكذا ذكر القاضي ، وقال ابو الخطاب يزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ماذكر القاضي ويحتمل انه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالحصص فما حصل للواجب أتم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فاعزل تتمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة الا ثلث شيء واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة الا سدس شيء اضم الشيء الذي عزلته الى ماحصل للحجة فصار شيئا وخمسة الا سدس شيء يعدل عشرة و خذ من الشيء سدسه فاجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسة فالشيء اذاً ستة ومتى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ثلثها ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة مع الستة صار الجميع عشرة فان كان عليه أيضا دين خمسة عزلت تتمة الحج شيئا وتتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة الا نصف شيء واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة الا خمس شيء اضم اليها تتمته يصير شيئا وأربعة الا خمس شيء يعدل عشرة وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء تعدل ستة فزد على الستة ربعها تصير سبعة ونصفا يعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسها واحد وربع اذا ضممت اليه تتمته كمل خمسة وللحج اثنان ونصف تكمل به تتمة وللصدقة اثنان ونصف ، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ثم مابقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ، ففي المسئلة الاولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة ، وفي المسئلة الثانية حصل للحج أربعة وبقي له ستة وحصل للدين ديناران وبقي له ثلاثة فيأخذان مابقي لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين

وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينهم وبينه على اربعة فان قال الا ربع الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهما وربعا واضربه في أربعة يكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً الى الوصي ويستثني منه ربع الباقي وهو ربع مال الا ربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيباً وربعاً يعدل انصباء البنين وهو ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال الا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه واحداً صار أربعة فهو النصيب وزيد على عدد البنين سهما وتضربه في ثلاثة يكن ثلاثة عشر فهو المال) وان شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباء ووصية الوصية هي نصيب الا ربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فبقي

من الورثة ودينار أمن صاحب التبرع (الثالث) ان يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فان كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي . وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لانه انما ملك الوصية بالثلث

ولنا أن الحج كان واجبا من رأس المال وليس في وصيته مايقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به ، وقولهم لايملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ولا تتقيد به (القسم الرابع) أن يوصي بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع مثل أن يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب من رأس المال لان الاقتران في اللفظ لايدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) والا كل غير واجب والايتاء واجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لايلزم استواؤهما في محل الاخراج (والثاني) أنه من الثلث لانه قرن به ما مخرجه من الثلث

﴿ مسألة ﴾ قال (وان قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجملته أنه اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكأنه صرح ، فان قال حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك اليه وإن لم يعين أحداً فالوصي صرفها إلى من شاء لانه فوض اليه الاجتهاد إلا أنه لايملك صرفها إلى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز لانها لامحاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصي به تطوعا فجميع القدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل معتبر من

ربع نصيب فهو الوصية وبين ان المال كله ثلاثة وربع ابسطها تكن ثلاثة عشر ولهذه المسائل طرق سوى ما ذكرنا .

(فصل) فان قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج ثلث الثلث وهو تسعة زد عليها سهما تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصباء البنين سهما وثلثاً واضرب ذلك في تسعة يكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة الى الوصي واستثن منه ثلث بقية الثلث سهما يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة وان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة وزدت عليه سهماً صار سبعة فهذا هو النصيب وزدت على انصباء البنين سهماً ونصفاً وضربته في ستة يصر سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت منه نصف بقية الثلث سهماً بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وانما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء

الثلث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعا فانه يحج به من حيث يبلغ على مامضى

(فصل) وإن عين رجلا أن يحج فأبى ان يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل مايمكن انسان ثقة سواه ويصرف الباقي إلى الورثة ، ولو قال المعين اصرفوا الحجة إلى من يحج وادفعوا الفضل إلي لانه موصى به لي لم يصرف اليه شيء لانه انما أوصي له بالزيادة بشرط أن يحج فاذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئا

﴿مسئلة﴾ قال (وان قال حجوا عني حجة فما فضل رد الى الورثة)

أما اذا أوصى بحجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لايدفع إلى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرناه وإن فضل فضل عن ذلك فهو للورثة وهذا ينبنى على أن الحج لايجوز الاستئجار عليه انما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي رده على ورثته ، وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام المضى الى الحج عنه وعلى الرواية الاخرى يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر الاثقة بأقل مايمكن وما فضل فهولمن يحج لانه ملك ماأعطى بعقد الاجارة ، وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه اتمام الحج ، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه الا حجة واحدة لانه أقل مايقع عليه الاسم فان عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فانه يدفع اليه قدر نفقته من بلده اذا خرج من الثلث ، فان أبى الحج إلا بزيادة تصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه أقل قدر يمكن أن يحج بهغيره ، وإن أبى الحج وكان واجبا استنيب غيره بأقل مايمكن استنابته به ، وإن كان تطوعا احتمل بطلان الوصية لانه عين لها جهة فاذا لم تقبلها بطلت الوصية كما لو قال بيعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه ويحتمل أن لاتبطل

فلم يقبل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولآخر بثلث ما يبقى من المال بعد وصية الاول فخذ المخرج خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهما وزد عليه خمسها وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصباء البنين واضربها في خمسة تصر تسعة عشر فهي المال ادفع الى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم وادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثنا عشر لكل ابن أربعة وبالجبر خذ مالا وألق منه نصيباً واسترجع منه خمس الباقي يصر مال وخمس الا نصيباً وخمساً الق ثلث ذلك بقي أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب يعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وابسط

ويستناب غيره لانه قصد القربة والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القربة كما لو قال بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فانه يباع لغيره ويتصدق به

(فصل) واذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصي الحج بنفسه نص عليه أحمد كما لو قال تصدق علي لم يجز أن يتصدق على نفسه، وإن قال حج عني بما شئت صح وله ماشاء إلا أن لا يجيز الورثة فله الثلث

(فصل) اذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فاجاز الورثة أمضيت على ماقال الموصي وان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه انما أوصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لأنه انما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئا كولد الاب مع الاخ من الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم الى نصف وصيته لان زيداً انما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسئلة فيما تقدم فان امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره في الحج بأقل مايمكن وتمام المائة للورثة ولعمرو مافضل فان كانت الحجة تطوعا ففي بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) وان أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع الى زيد ودفع بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصيه عمرو وان مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو وهكذا ان مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وان مات العبد قبل موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون

يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وان شئت قلت أنصباء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصر أربعة أنصباء ونصفاً ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية اجبر وقابل وابسط تصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهما من الوصية وهي لا تتفق بالاثلاث فردها الى وفقها تصر سهما تعدل اربعة والوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن تسعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهي تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل اعشارا تكن الانصباء خمسة وأربعين والوصية سهم وان كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية اجبر يصر العشر يعدل وصية وخمساً ابسط يصر النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهي خمسة وخمسون يبقى له خمسه وللاخر ثلث الباقي تسعون ويبقى مائة وثمانون لكل

العبد ثم يقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو مدبر والا بطلت وصيته ولو قال لاحد عبديه أنت مدبر ثم قال لآخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقا أو غير ذلك فهي كالتي قبلها على ماذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل عمدا أو خطأ وأخذت الدية فلمن أوصي له بالثلث ثلث الدية في احدى الروايتين والاخرى ليس لمن أوصي له بالثلث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته هل للوصي منها شيء أو لا؟ فنقل مهنا عن أحمد أنه يستحق منها وروي ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته، وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق وقال مالك في دية العمد لان الدية انما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل ان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز ان تجب للميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك؟ فلا يدخل في الوصية لان الميت انما يوصي بجزء من ماله لا بمال ورثته ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لانها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولان بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضي منها ديونه ويجهز منها ان كان قبل تجهيزه وانما يزول من أملاكه ما استغنى عنه فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولانه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فانه يملك بحيث تقضي ديونه منه ويجهز فكذلك ديته لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه

ابن ستون ويرجع بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم وللثاني ثمانية عشر ولكل ابن اثناعشر وبالجبر تأخذ ما لا تلقي منه نصيباً وتزيد على المال خمسة يصير مالا وخمساً الا نصيباً الق ثلث ذلك يبقى أربعة اخماس مال الا ثلثي نصيب تعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها في ثلاثة ليزول الكسر تصير خمسة وخمسين وان كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصباء البنين سهماً واضربه في المال يكن ستين وهي المال وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فالعمل كذلك إلا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخمساً وتضربها تكن ثلاثة وستين فان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهي النصيب ثم زدت على سهام البنين سهماً وخمساً وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع إلى الوصي الاول أحد عشر وتستثني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى

(فصل) فان كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الاولى يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته وعلى الاخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته لأنها ليست من ماله

(فصل) وان أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون ان الوصية تعتبر من جميع ماخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع هذا قول النخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أو لم يعلم وحكي عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك: لايدخل في وصيته الا ما علم الا المدبر فانه يدخل في كل شيء:

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وصى الى رجل ثم أوصى بعده الى آخر فهما وصيان الا ان يقول قد أخرجت الاول)

معنى أوصى الى رجل أي جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الاخوة والاعمام وسائر من عدا الاولاد فلا تصح الوصية عليهم لانه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات، ولا نعلم في هذا كله خلافا وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا الجد ولاية على ابن ابنه وان سفل لان له ولادة وتعصيباً فأشبه الاب ولأصحاب الشافعي في الام عند عدم الاب والجد وجهان (أحدهما) ان لها ولاية لانها أحد الابوين فأشبهت الاب

معه تسعة وتدفع إلى صاحب الثلث أحداً وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص منها ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهما وزد عليه خمسه ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة واحداً وسبعين ومنها تصح

(فصل) إذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ولآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة انصباء فادفع إلى الوصي الاول نصيباً وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين إلى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) إذا وصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتها فتحاصا الثلث وأصاب الخال

ولنا أن الجد يدلي بواسطة فأشبه الاخ والعم وفارق الاب فانه يدلي بنفسه ويحجب الجد ويخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح الحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلي لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال فلا تلي مال غيرها كالعبد ولأنها لاتلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب

اذا ثبت هذا فانه اذا اوصى الى رجل ثم أوصى الى آخر فهما وصيان الا أن يقول قد أخرجت الاول أو قد عزلته لما ذكرنا فيما اذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر ولانه قد وجدت الوصية اليهما من غير عزل واحد منهما فكانا وصيين كما لو اوصى اليهما دفعة واحدة فأما ان أخرج الاول انعزل وكان الثاني هو الوصي كما لو عزله بعد الوصية الى الثاني

(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي الى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصي الى انسان بتفريق وصيته والى آخر بقضاء ديونه والى آخر بالنظر في امر اطفاله فيكون لكل واحد منهم ما جعل اليه دون غيره . ومتى أوصي اليه بشيء لم يصر وصيا في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة يصير وصيا في كل مايملكه الوصي لان هذه ولاية تنتقل من الاب بموته فلا تتبعض كولاية الجد . ولنا انه استفاد التصرف بالاذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ماأذن فيه كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة ، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لاتتبعض والاذن يتبعض فافترقا

(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت الى كل واحد منكما ان ينفرد بالتصرف لانه جعل كل واحد منهما وصيا منفرداً وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد وله أن يوصي اليهما ليتصرفا مجتمعين وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ولانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما

ستة فاضربها في وصيته وذلك عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يجب أن يصيب العم كذلك فيبقى من الثلث خمساه وهي تعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلاثة يصر تسعة وهو الذي أصاب العم، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف وللعم ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمساه للعم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضاً وذلك أربعة دنانير ووصية للعم مثل ثلثيها ديناران وثلثان والثلث كله ستة وثلثان والمال عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال فأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشر

خلافا ، وان أطلق فقال أوصيت اليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي ، وقال ابو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبعض فلك كل واحد منهما الانفراد بها كالاخوين في تزويج أختهما

وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام وقبول الهبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها

ولنا انه شرك بينهما في النظر فلم يكن لاحدهما الانفراد كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به فانه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا الا مجتمعين ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا ، واذا تعذر اجتماعهما أقام الحاكم أمينا مقام الغائب

(فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح)

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نعلمه لان المجنون والطفل ليسا من اهل التصرف في اموالهما فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من اهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي

يعدل ماحصل للعم وهو ستة فالثلث ستون ، وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث أيضاً عشره فهو نصيب الخال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب أحدهم الا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع تكن اثني عشر انقصها سهماً يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي وصية الخال،وان نقصتها ثلاثة فهي ثمانية فهي وصية العم، وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهماً يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقلب وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا ،وان وصى لعمه بعشرة إلا

والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ماروي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل وتخالف القضاء فانه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية الى الاعمى وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصحت الوصية اليه كالبصير ، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصا عن احمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ولا يصح تصرفه الا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الاولى ولانه مولى عليه فلا يكون واليا كالطفل والمجنون وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله ، وقال القاضي قياس المذهب صحة الوصية اليه لان احمد قد نص على صحة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم اليه لانه لا يلي على مسلم ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية اليه كالمجنون والفاسق وأما وصية الكافر اليه فان لم يكن عدلا في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية اليه فمع الكفر أولى ، وان كان عدلا في دينه ففيه وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلي الوصية كالمسلم (والثاني) لا تصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر الى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمرا او خنزيرا ، وأما العبد فقال ابو عبدالله بن حامد تصح الوصية اليه سواء كان عبد نفسه او عبد غيره وبه قال مالك ، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة

وصية ربع خاله ولخاله بعشرة إلا خمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس تكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم أجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة تكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر تخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية اجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال شيئاً ووصية العم عشرة إلا ربع شيء تخذ خمسها فزده على الشيء وهي سهمان الا نصف عشر شيء تعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً، وان وصى لعمه بعشرة الا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة إلا ثلث

تصح الوصية الى عبد نفسه ولا تصح الى عبد غيره ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية الى عبد نفسه اذا لم يكن في ورثته رشيد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن ، وقد نص الخرقي على أن الوصية الى أم ولده جائزة ، وقد نص عليه احمد أيضا لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد مايدل على أن الوصية اليه لاتصح وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد مايدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور اذا كان متهما لم تخرج من يده ، وقال الخرقي اذا كان الوصي خائنا ضم اليه أمين وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أمينا ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل ووجه الاولى أنه لايجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون وعلى ابي حنيفة لايجوز اقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا

(فصل) ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له وهو قول بعض أصحاب الشافعي

ولنا أنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود، فأما الوصية له فهي صحيحة وان كان وارثا وانما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسئلتنا فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده وعلى الوجه الثاني لو كانت الشروط كلها منتفية او بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

وصية جده وللجده بعشرة إلا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان، وبابها أن تضرب الخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في أربعة في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحدا وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين تخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحداً يبق اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين في عشرة تكن مائة وثمانين اقسمها على خمسة وعشرين تخرج بالقسم سبعة وخمس وهي وصية الخال ثم انقص من الاربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين تخرج بالقسم ثمانية وخمسان وهي وصية الجد .

(فصل) واذا قال أوصيت الى زيد فان مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصيا الا أن عمراً وصي بعد زيد لان النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « أميركم زيد فان قتل فأميركم جعفر فان قتل فأميركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وان قال أوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك فاذا كبر ابنه صار وصيه وعلى هذا لو قال وصيتك فان تاب ابني عن فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه او اشتغل بالعلم او صالح امه او رشد فهو وصيي صحت الوصية اليه ويصير وصيا عند وجود هذه الشروط

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان الوصي خائنا جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق ويضم اليه أمين وكذلك إن كان عدلا فتغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها ويضم اليه أمين . ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصي متهما لم يخرج من يده . ونقل المروذى عن أحمد فيمن أوصي الى رجلين ليس أحدهما بموضع الوصية فقال للآخر اعطني لايعطيه شيئا ليس هذا بموضع الوصية فقيل له أليس المريض قد رضي به ؟ فقال وإن رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه، وحمل القاضى كلام الخرقي وكلام أحمد في ابقائه في الوصية على أن خيانته طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيانته موجودة حال الوصية اليه لم تصح لانه لايجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ولان الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقا فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أمينا هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الخرقي لاتزول ولايته ويضم اليه أمين ينظر معه . وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين

(طريق آخر) تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم إلى مامع العم ديناراً وإلى ما مع الخال درهما وتقابل ما مع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهما فأسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً ودرهما ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال لثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فاذا أسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة لدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعاً يصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقلب واجعل الدرهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع إلى ما فرضت فتجد مع العم درهما وديناراً ستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانية وخمسان ، فان كان معهم أخ ووصية الجد عشرة إلا ربع مامع الاخ ووصية الأخ عشرة إلا خمس ما مع العم فبهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين

لانه أمكن حفظ المال بالامين وتحصيل نظر الوصي بابقائه في الوصية فيكون جمعا بين الحقين وان لم يمكن حفظ المال بالامين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لان حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطاريء وبين المقارن فبعيد فان الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما اذا كانت لمعنى يحتاج اليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق اذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله وأوصى اليه راضيا بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ما له بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ، ولو وصى الى اثنين لم يجز للواحد التصرف

(فصل) وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعلة أو ضعف فان الوصية تصح اليه ويضم اليه الحاكم أمينا ولا يزيل يده عن المال ولا نظره لان الضعيف أهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا إن كان قويا فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم اليه يداً أخرى ويكون الاول هو الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الوصي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ولا أعلم لهما مخالفا .

(فصل) واذا تغيرت حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص اليه ويرجع الامر الى الحاكم فيقيم أمينا ناظراً للميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً ، وان تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصية صحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله ويحتمل

ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الآخر أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العم بما مع الخال كما ذكرنا وتجعل الاشياء دينارا ودرهما ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل ما مع الجد بما مع الأخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعين ومع الأخ مائة وأربعة إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسعة عشر وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانين جزءاً

وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها في بعض تكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهو المقسوم عليه وتنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم

أن تبطل لان كل حالة منها حالة القبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما ان زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لانها إذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له فانها تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته بشهد منه وفي غيبته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضرته لانه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الايصاء الى غيره . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية عن أحمد ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك . ولنا أنه متصرف بالاذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل للوصي جعلا لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية وقد نقل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي الى الرجل ويجعل له دراهم مسماة فلا بأس ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصي له لاتجوز لانه ليس بنائب عنه

(فصل) وإذا أوصى الى رجل واذن له أن يوصي الى من يشاء نحو ان يقول اذنت لك أن توصي الى من شئت أو كل من أوصيت اليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصيي صح وله ان يوصي الى من شاء لانه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو وصى اليهما معا وهذا قول أكثر اهل العلم وحكي عن الشافعي أنه قال في أحد القولين ليس له ان يوصي لانه يلي بتوليه فلايصح أن يوصي كالوكيل

ولنا أنه مأذون له في الاذن في التصرف فجاز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا أمر بالتوكيل والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فاما ان أوصى اليه وأطلق ولم يأذن له في الايصاء ولانهاه

تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر تزيدها واحدا وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجد ، ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة وهي وصية الأخ ، وفي كل ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم في عشرة وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته

(فصل) فان وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ولخاله بعشرة وثلث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر، وبابها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وتنقصه واحداً فهو المقسوم عليه وتزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث وتضربه في عشرة يكن تسعين مقسومة

عنه ففيه روايتان (احداهما) له ان يوصي الى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف لان الاب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالاب (والثانية) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي واسحاق وهو الظاهر من مذهب الخرقي لقوله ذلك في الوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل وبخالف الأب لانه يلي بغير تولية

(مسئلة) قال (وان كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين فمتى أوصي اليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فان مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لان الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده ، فان أراد الحاكم رد النظر الى الباقي منهما لم يكن له ذلك ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً في جوازه لان النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا أن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده ، وان تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره فللحاكم أن ينصب مكانهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا ، ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً لان الموصي بيّن انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معاً (والثاني) لا يجوز أن ينصب الا اثنين لان الموصي لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً ، فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات احدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره

على خمسة تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معهما آخر ووصى للخال بعشرة وثلث وصيته ووصي له بعشرة وربع وصية العم ضربت المخارج ونقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين ثم في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقين كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء ، وان شئت بعد ما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهي وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ، ومتى عرفت مامع الواحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم . وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى المسئول أن يوفقنا لما يرضيه وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وان ماتا معا أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحدا يتصرف وان تغيرت حال احد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفردا فليس للحاكم أن يضم اليهما امينا لان الباقي منهما يكفي الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم امينا، وان كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف عنها امينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة: الوصيان والامين معهما ولكل[1] واحد منهم التصرف وحده

(فصل) واذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت ايديهما جميعا لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند اعدلهما، وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي الا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم انما أراد اذا كان كل واحد منهما موصى اليه على الانفراد وقال بعضهم بل هو عام فيهما

ولنا أن حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لاحدهما الانفراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه

(فصل) لا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمر، وأوصى الى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل، وفي وصية ابن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا أن مرجع وصيتي الى الله سبحانه ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله. ولانها وكالة وأمانة

باب الموصى اليه

(تصح وصية المسلم الى كل مسلم عاقل عدل، وإن كان عبداً أو مراهقاً أو امرأة أو أم ولد)

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً فأما العبد فتصح الوصية اليه قال ابن حامد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة تصح الوصية الى عبده ولا تصح الى عبد غيره، وقال أبو حنيفة تصح الوصية الى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لاتصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه تصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن، وأما الصبي المميز فقال القاضي قياس المذهب

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم

فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل تحريا للسلامة واجتنابا للخطر وقد روي حديث يدل على ذلك وهو ماروي أن النبي ﷺ قال لابي ذر «اني أراك ضعيفا واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم » أخرجه مسلم .

(فصل) فان مات رجل لا وصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادعت الحاجة الى بيعه، فان صالحا نقل عنه في رجل بارض غربة لاقاضي بها مات وخلف جواري ومالا أترى لرجل من المسلمين بيع ذلك فقال أما المنافع والحيوان فان اضطروا الى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس وأما الجواري فاحب إلي ان يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطا لان بيعهن يتضمن اباحة فرج واجاز بيع ذلك لانه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه نص عليه أحمد فقال إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو يحتاج اليه فلا يأكل منه شيئا انما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الوصي جعلت لك ان تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لانه يتناوله لفظ الوصي ، ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الأخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه اذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه مالو دفع الى أجنبي

صحة الوصية لان أحمد قد نص على صحة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وقال شيخنا لا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لاتصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ولا يصح تصرفه إلا باذن وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية كالطفل وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى الى حفصة ولانها من أهل الشهادة أشبهت الرجل ويخالف القضاء فانه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية وتصح الوصية إلى أم الولد، ذكره الخرقي ونص عليه أحمد لانها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية

ولنا أنه تمليك ملكه بالاذن فلا يجوز ان يكون قابلا كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه

(فصل) وان وصى اليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة اخراج ثلث ما في أيديهم فعنه روايتان (احداهما) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيأ مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يديه كذا ههنا، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الاولى محمولة على ما إذا كان المال جنسا واحداً فللوصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لانه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في ايديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناسا فان الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له ان يخرج عوضا عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لانه معارضة لاتجوز الا برضاهم والله أعلم

(فصل) اذا علم الوصي ان على الميت دينا اما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لا يقضيه الا ببينة قيل له فان كان ابن الميت يصدقه ؟ قال يكون ذلك في حصة من اقر بقدر حصته وقال فيمن استودع رجلا الف درهم وقال ان أنا مت فادفعها الى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها الى أجنبي فقال ان دفعها الى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن، ولعل هذا من أحمد فيما اذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقروا فلا يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير اذنهم لان قوله أقر عندي واذن لي اثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى ان لفلان علي كذا ينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له ان لم ينفذ فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي او له بينة بذلك جمعا بين الروايتين وموافقة للدليل قيل لاحمد فان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الى غيرهم كالطفل والمجنون ولا وصية المسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه)

لان المجنون والطفل ليسا أهلا للتصرف في أموالهما فلا يليان على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم ولانه ليس من أهل الشهادة والعدالة أشبه المجنون ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد أن الوصية اليه لا تصح ، وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد ما يدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور إذا كان متهما لم تخرج عن يده ، وقال الخرقي اذا كان خائناً ضم اليه أمين ، وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أميناً ، وقال أبو حنيفة تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل

ولنا أنه لا يجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون ، وعلى أبي حنيفة أنه لا يجوز اقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح ؟ على وجهين)

علم الموصى اليه لرجل حقا على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه الى القاضي ليستحلفه ان مالي في يديك حق . فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فان أعطاه القاضي فهو أعلم فان ادعى رجل دينا على الميت وأقام به بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم فكلام أحمد يدل على روايتين

(احداهما) قال لا يجوز لدفع اليه بدعواه الا أن تقوم البينة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لان البينة له حجة ، وقال في موضع آخر الا أن يثبت ببينة عند الحاكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما ، فان وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وان وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه لان جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدين فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فلما ان وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل في الآخر اذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسئلة دالة على أحكام أربعة (منها) أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه

يعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين ، وفي الآخر تعتبر حالة الموت حسب كالوصية له ولان شروط الشهادة تعتبر عند ادائها لا عند تحملها كذلك ههنا ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فأما الوصية له فهي صحيحة ، وإن كان وارثا وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسئلتنا فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده

(فصل) وتصح الوصية إلى الاعمى ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أن الوصية لا تصح اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم له مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة ، والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية اليه كالبصير ،

الا ثلث المال إلا أن يجيزه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء ، وحكي عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره أجيزه برمته شيء جعله لله لا ارده . وهذا قول شاذ يخالف الاثر والنظر فانه قد صح عن عمران بن حصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً . رواه مسلم وأبو داود ، ولانه تبرع في مرض موته فأشبه سائر العطايا والصدقات

(الثاني) أن العتق اذا كان في أكثر من واحد فلم يحملهم الثلث كملنا الثلث في واحد بالقرعة وإن كانوا جماعة كملنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور

(الثالث) أنه اذا لم يخرج من الثلث الا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ماسنذكره في العتق إن شاء الله تعالى

(الرابع) اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي ﷺ في الأعبد الذين أقرع بينهم . فأما كيفية تكميل العتق فان العبيد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كستة أعبد قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثا وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق كما فعل النبي ﷺ فاللذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان ويرق الآخرون ، وإن كان فيهم كسر كمسئلة الخرقي أقرعت بين العبدين فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم فما بلغ نسبت اليه قيمة العبدين جميعا فما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه ففي هذه المسئلة اذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتها في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدين معا وهي خمسمائة تجدها خمسة أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه ، وان وقعت على الآخر عتق خمسة أتساعه وتمام شرح ذلك يأتي في باب العتق ان شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الاول)

ونظير ذلك ما إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر ، أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فانه يكون بينهما وقد ذكرنا ذلك ، فكذلك إذا أوصى إلى رجل ثم وصى إلى آخر فانهما يصيران وصيين ، كما لو وصى اليهما جميعاً في حال واحدة وإن قال قد أخرجت الاول بطلت وصيته لانه صرح بعزله فانعزل كما لو وكله ثم عزله .

﴿ مسئلة ﴾ (وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجملة ذلك أنه يجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت إلى كل واحد منكما وجعلت له أن ينفرد بالتصرف فان هذا يقتضي تصرف كل واحد منهما على الانفراد ، وله أن يوصي اليهما ليتصرفا مجتمعين فلا يجوز لاحدهما الانفراد بالتصرف لانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ولا نعلم خلافا في هاتين الصورتين ، فان أطلق فقال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة اذا كان يخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجملة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه تصح وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول تصح فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة ويشبه أن يكون قول اسحاق . ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا من العبيد وهو قول الشافعي ، وقال مالك قولا يقتضي أنه اذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا أوصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك. والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقرعة لانه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كالو أعتق واحداً منهم، وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبيده ما شاءوا من صحيح أو معيب جيد أو رديء، لانه يتناوله اسم العبد فأجزأ كالو وصى له بعبد ولم يضفه إلى عبيده، وإن لم يكن له الا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقي، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي أو قتلوا بطلت الوصية لانها انما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ وان تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصية لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدي ولا عبيد له لم تصح الوصية لانه أوصى له بلا شيء فهو كالو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانها

أوصيت اليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبعض فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالاخوين في تزويج أختهما وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وانفاذ وصيته ، ورد الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة ، والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميت فيما يدعى له وعليه ، لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين وما قاله ابو يوسف نقول به فانه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين اوصرح للوصيين بان لا يتصرفا الا مجتمعين ويبطل ماقاله بهاتين الصورتين وبهما يبطل ماقاله ابوحنيفة ايضاً ومتى تعذر اجتماعهما قام الحاكم امينا مقام الغائب

وقعت باطلة فلم تصح ، كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئا ولان الوصية تقتضي عبداً من الموجودين لاحال الوصية : ويحتمل أن تصح كما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصى له بثلث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين

وقد روى ابن منصور عن احمد في رجل قال في مرضه اعطوا فلانا من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء يعطى مائة درهم فلم تبطل الوصية لانه قصد إعطاءه مائة درهم وظنها في الكيس فاذا لم تكن في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشترى له من تركته عبد ويعطى اياه

(فصل) وان وصى لرجل بعبد صحت الوصية ويشترى له عبد أي عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤا ولا قرعة ههنا لانه لم يضف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمى عبداً كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ماشاؤا من ذكر أو أنثى ، والصحيح عندي انه لا يستحق الا ذكراً فان الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً ، ولانه في العرف كذلك فانه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته الا الى الذكر ، وان وصى له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلا لانه لا يعلم كونه ذكراً ولا أنثى ، وان وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والخنثى

(فصل) وان وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى لان الشاة اسم

(فصل) اذا قال اوصيت الى زيد فان مات فقد اوصيت الى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً الى ان عمراً وصي بعد زيد لان النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « اميركم زيد فان قتل فأميركم جعفر فان قتل فأميركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وكذلك ان قال اوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك واذا كبر ابنه صار وصيه ومثله لو قال اوصيت اليك فاذا تاب ابني من فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه اواشتغل بالعلم أو صالح امه او رشد فهو وصيي صحت الوصية اليه ويصير وصياً عند وجود هذه الشروط

﴿مسئلة﴾ (وان مات احدهما اقام الحاكم مقامه اميناً)

قد ذكرنا ان الوصية تجوز الى اثنين وانه متى اوصى اليهما مطلقا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف فان مات احدهما اوجن او وجد منه مايوجب عزله اقام الحاكم مقامه اميناً لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي وحده ، وان اراد الحاكم ان يكتفي بالباقي منهما لم يجز له ذلك ، وذكر اصحاب الشافعي

يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار . وعندي انه لا يتناول الا أنثى كبيرة الا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك ، فأما من لا يتناول عرفهم الا الاناث فان وصيته لا تتناول الا ما يسمى في عرفهم لان ظاهر حاله ارادة ما يتعارفونه ، وان وصى بكبش لم يتناول الا الذكر الكبير من الضأن ، والتيس لا يقع الا على الذكر الكبير من المعز ، وان وصى بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصى بجمل لم يكن الا ذكراً وان وصى بناقة لم تكن الا أنثى ، وان قال عشرة من ابلي وقع على الذكر والانثى جميعا ، ويحتمل انه ان قال عشرة بالهاء فهو الذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك في الغنم لان العدد في العشرة الى الثلاثة للمذكر بالهاء وللمؤنث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان قال اعطوه بعيراً ففيه وجهان (أحدهما) هو الذكر وحده لانه في العرف اسم له وحده (والثاني) هو للذكر والانثى لانه في لسان العرب يتناولها جميعا ، تقول العرب حلبت البعير تريد الناقة فالجمل في اسائهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان

(فصل) وان وصى له بثور فهو ذكر وان وصى ببقرة فهي أنثى . وان وصى بدابة فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والانثى لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك ، وان قرن به ما يصرفه الى أحدها مثل ان قال دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصى له بحمار فهو ذكر وان وصى باتان فهي أنثى فان وصى بحصان فهو ذكر وان وصى بفرس تناول الذكر والانثى وفي جميع ذلك اذا كان له أعداد من جنس ما وصى له به فعلى قول الخرقي يكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ما شاؤا ولا يستحق الدابة سرجا ولا البعير رحلا الا أن يذكره في الوصية

وجهاً في جوازه لان النظر لو كان للحاكم بموت الموصي من غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا ان الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده فان تغيرت حالهما جميعاً بموت او غيره فللحاكم ان ينصب مكانهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (احدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة من لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا ، ويفارق ما اذا كان احدهما حياً لان الموصي بين انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معا (والثاني) لا يجوز لان الموصي لم يرض بواحد فلم يكتف به كما لو كان احدهما حياً فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات احدهما او خرج من الوصية لم يكن للحاكم ان يقيم مقامه اميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره وان ماتا معا او خرجا عن الوصية

(فصل) وان وصى بكلب يباح اقتناؤه صحت الوصية لان فيه نفعا مباحا وتقر اليد عليه والوصية تبرع فتصح في المال وفي غير المال من الحقوق ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال ، وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلبا من كلابي او قال من مالي لانه لا يصح ابتياع الكلب لانه لا قيمة له بخلاف الشاة ، فان كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه ، وان كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب وان قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له ، وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به ، وان وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بالكلاب ثلثها وجها واحداً لان ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال ، واذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي أن يقرع بينهم فيه ، وان وصى له بكلب والموصي كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب للهراش فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو مما ذكرنا الا أنه يجعل للموصي له بكلب ما أحب الورثة دفعه اليه ، ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة ، وفي الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للاصطياد كالاسد والنمر والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها

فللحاكم ان يقيم واحداً فان تغيرت حال احد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف اوعلة او نحو ذلك اوكانا ممن لكل واحد منها التصرف منفرداً فليس للحاكم ان يضم اليهما اميناً لان الباقي منهما يكفي، الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم امينا ، وان كانا ممن ليس لاحدهما التصرف منفرداً فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف منهما امينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة الوصيان والامين

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان فسق وعنه يضم اليه امين)

قد ذكرنا الاختلاف في صحة الوصية الى الفاسق وان كلام الخرقي يدل على صحة الوصية اليه ويضم اليه امين وكذلك ان كان عدلا ففسق ونقل ابن منصور عن احمد نحو ذلك فقال اذا كان الوصي متهما لم يخرج عن يده ونقل المروذي عن أحمد فيمن وصى الى رجلين ليس احدهما بموضع الوصية فقال للآخر اعطني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصية فقيل له اليس المريض قد رضي به ؟ فقال وان

(فصل) وإن وصى له بطبل حرب صحت الوصية به لان فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطبل لهو لم تصح لعدم المنفعة المباحة به ، وإن كان مع ذلك اذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضا لان منفعته في الحال معدومة فان كان يصلح لهما جميعا صحت الوصية به لان المنفعة قائمة به ، وإن وصى له بطبل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى ما تصح الوصية به وإن كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أخذها بالقرعة أو ماشاء الورثة على اختلاف الروايتين وإن وصى بدف صحت الوصية به لان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان اللهو لانها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار او لم تكن لانه مهيأ لفعل المعصية دون غيرها فأشبه ما لو كانت فيه الاوتار

(فصل) ولو أوصى له بقوس صحت الوصية فان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي او قوس بجرى او قوس زنبور او جرخ أو ندف أو بندق فان لم يكن له الا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه وإن كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوسا يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه الى قوس الندف ، وإن قال يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وإن كان الموصى له نداقا لاعادة له بالرمي أو بندقانيا لا عادة له بالرمي بشيء سواه أو يرمي بقوس غيره لا يرمي بسواه انصرفت الوصية الى القوس الذي يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصي انه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به ، وإن انتفت القرائن فاختار ابو الخطاب أن له واحدا من جميعها بالقرعة أو ما يختاره الورثة لان اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ولا البندق ولا العربية في بلد لاعادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي الا انه لا يذكر العربية ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها

رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه وحمل القاضي كلام الخرقي وكلام احمد على ابقائه في الوصية على ان جنايته طرأت بعد الموت . فاما ان كانت جنايته موجودة حال الوصية اليه لم يصح لانه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ولان الوصية ولاية وامانة والفاسق ليس من اهلهما فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم وان طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته واقام الحاكم مقامه اميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الخرقي لا تزول ولايته ويضم اليه امين ينظر معه روي ذلك عن الحسن وابن سيرين لانه امكن حفظ المال بالامين وتحصيل نظر الموصي بابقائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحقين فأما ان لم يمكن حفظ المال بالامين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لان حفظ المال على اليتيم اولى من رعاية قول الموصي الفاسد واما التفريق بين الفسق الطارىء والمقارن فبعيد فان الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما اذا كانت لمعنى

اسم القوس في العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول : قوس القطن او الندف او قوس البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالبا ويعطي القوس معمولة بها لأنها لا تسمى قوسا الا كذلك ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لأنها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها

(فصل) وان وصى له بعود وله عود لهو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف إلى عود اللهو ولا تصلح الوصية به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له إلا عيدان قسي أو عود يتبخر به أو غيره من العيدان المباحة صحت الوصية وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعينها مع إباحتها وان وصى له بجرة فيها خمر صحت الوصية بالجرة وبطلت في الخمر لان في الجرة نفعاً مباحاً والخمر لا نفع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كما لو وصى له بخمر وخل وان وصى له بخمر في جرة لم تصح لان الذي أضاف الوصية اليه الخمر ولا تصح الوصية به

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا أوصى له بشيء بعينه فتلف بعد موصى الموصي لم يكن للموصى له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصى له

اجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي او بعده فلا شيء للموصى له كذلك حكاه ابن المنذر فقال اجمع من احفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا اوصى له بشيء فهلك ذلك الشيء أن لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لأنها حصلت في ايديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم لم يضمنوا شيئاً، وان تلف المال كله سواه فهو للموصى له لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له وذلك يملك اخذه بغير رضاهم واذنهم فكان

يحتاج اليه في الدوام واذا لم يكن بد من التفريق فاعتبار العدالة في الدوام اولى من قبل أن الفسق اذا كان موجود احال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله واوصى اليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بانه علم ان عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضائه الآتري انه اذا وصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يجز الواحد التصرف

(فصل) اذا تغيرت حال الموصى اليه بموت او فسق او جنون او سفه فقد ذكرنا حكمه ،فان تغيرت حاله قبل الموت وبعد الوصية ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت صحت الوصية كما لو لم تتغير حاله ويحتمل ان تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها فأما ان زالت بعد الموت فانعزل ثم عاد فكملت الشروط لم تعد وصية لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التالف بعد ان اخذه الموصى له وقبضه وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به .

(فصل) وان وصى له بعين فاستحق بعضه او هلك فله مابقي منه ان حمله الثلث وان وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي واصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً ، وان وصى له بثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له إلا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه

﴿ مسئلة ﴾ (قال ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الاخذ)

وجملته ان الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي واصحاب الرأي ولا اعلم فيه خلافاً فينظر فان كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواه فهو للموصى له لاشيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصي له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد أو نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى

(فصل) فأما العدل الذي يعجز عن النظر لعلة او ضعف فان الوصية تصح اليه ويضم الحاكم اليه اميناً ولا يزيل يده عن المال ولا نظره لان الضعيف اهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا ان كان قويا فحدث فيه ضعف اوعلة ضم الحاكم اليه يداً اخرى ويكون الاول الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الموصى اليه وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وما نعلم فيه مخالفا

﴿مسئلة﴾ (ويصح قبوله للوصية ورده في حياة الموصي) لانه اذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالتوكيل بخلاف الوصية له فانها تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى مابعد الموت لانها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصياً

﴿مسئلة﴾ (وله عزل نفسه متى شاء) مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته في حضوره وغيبته وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لايجوز له ذلك بعد الموت ولا يجوز في حياته الا بحضرته لانه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الايصاء الى غيره وعن احمد انه لايجوز له عزل نفسه بعد الموت ذكره

له كله، وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لانها ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثه شيئاً إلا ان يجيز الورثة، وان كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصفه لا يزاد حقه عن ذلك سواء نقص العبد او زاد او نقص المال او زاد

(فصل) والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت نقل صالح بن احمد عن ابيه فيمن له الف درهم وعبد قيمته الف فأعتق العبد في مرض موته وانفق الدراهم عتق من العبد ثلثه فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ولو لم يتلف الالف لعتق منه ثلثاه ، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ الفين لعتق العبد كله لخروجه من الثلث وان كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر مافيه من الحرية والرق ويدخله الدور وقد ذكرنا ذلك فيما مضي وان تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة

(فصل) وان وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين لانه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وظاهر كلام الخرقي أن للوصي ثلث المعين ذكره في المدبر وقيل لا يدفع اليه شيء لان الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لاصحاب الشافعي والصحيح أن له الثلث لان حقه فيه مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وان لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال لان الموصي كان له أن يوصي بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لانه يؤدي الى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة

ابن ابي موسى في الارشاد لما ذكرنا: ولنا انه متصرف بالآن فكان له عزل نفسه كالوكيل

﴿ مسئلة ﴾ (وللموصي عزله متى شاء) لانه متصرف باذنه فكان له عزله كالموكل له عزل وكيله متى شاء

﴿مسئلة ﴾ (وليس للوصي ان يوصي الا ان يجعل ذلك اليه وعنه له ذلك) وجملة ذلك انه اذا وصى الى رجل واذن له في الايصاء لمن شاء نحو ان يقول اذنت لك الى ان توصي الى من شئت او كل من اوصيت اليه فقد اوصيت اليه او فهو وصيي صح وبه قال اكثر أهل العلم وحكي عن الشافعي في احد قوليه انه قال ليس له أن يوصي لانه يلي بتوليه فلا يصح ان يوصي كالوكيل

ولنا انه ماذون له في الاذن في التصرف فجاز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا امر بالتوكيل فالوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فان وصى اليه واطلق فلم يأذن له ولم ينهه عنه ففيه روايتان (احداهما) له ان يوصي الى غيره وهو قول مالك وابي حنيفة وابي يوسف لان الاب اقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالاب والثاني ليس له ذلك اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعي واسحاق وهو الظاهر من قول الخرقي

على تقدير تلف الباقي قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة ان رضيتم بذلك وإلا فردوا الى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لاجنبي فوقع لازما كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه الى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله الى معين وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً اذا ثبت هذا فان للموصى له ثلث العين الحاضر وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين دينا وابنا ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها ثلاثة وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فيكمل له التسعة ، وان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفي من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه فاذا استوفى الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع وان كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً فتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصيـــة .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء الوصية فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر

ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين فلا يختص بما خرج منه دونهم كما

لقوله ذلك في التوكيل لانه تصرف بتوليه فلم يكن له ذلك التفويض كالوكيل ويخالف الاب لانه يلي بغير توليه

(فصل) ويجوز أن يجعل للوصي جعلا لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية ، ونقل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهماً مسماة فلا بأس ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لانه ليس نائباً عنه

(فصل) اذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند أعدلهما وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد اذا كان كل واحد موصى اليه منفرداً وقال بعضهم بل هو عام فيهما

ولنا ان حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لاحدهما الانفراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل

لو كان شريكه في الدين وصياً آخر أوكما لو وصى لرجل بالعين وله ولآخر بالدين فان المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه كذا ههنا .

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان دينا وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضي من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفي بينهما نصفين فاذا استوفى الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال وان استوفي الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد وللموصى له بثلث العبد ربعه لان الوصيتين أربعة أتساع المال والجائز منهما ثلث المال وهو ثلاثة اتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما فرددنا كل واحد منهما الى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها وهذا اسدها ان شاء الله لا انا ادخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث وان اجيز لهما اخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة دينا على احد ابنيه وهو معسر ووصى لاجنبي بثلث ماله فان الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه فان كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما اخماساً للموصي خمساها اربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فاذا استوفي قسم بينهما اخماسا كما قسم العين لان الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة اثمان لكل ابن ثلاثة اثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين

واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه

(مسئلة) (ولا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال) لان الوصي يتصرف بالاذن فلم يجز إلا في معلوم يملك الموصي فعله كالوكالة فيجوز أن يوصي اليه بقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها لانه يملك ذلك فملكه وصية فأما النظر لورثته في أموالهم فان كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده فله أن يوصي إلى من ينظر لهم في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الاخوة والاعمام وسائر من عدا الاولاد فلا تصح الوصية عليهم لانه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات ولا نعلم في هذا كله خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ومالك إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا للجد ولاية على ابن ابنه وان سفل لان له ولادة وتعصيباً فأشبه الاب ولاصحاب الشافعي في الام عند عدم الاب والجد وجهان (احدهما) لها ولاية لانها أحد الابوين فأشبهت الاب

عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وماحصل لهما من الدين بينهما اخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لانه له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة ارباع النصف الذي عليه

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلا كالسمن وتعلم صنعة فهو تابع للعين ويكون للموصى له اذا احتمله الثلث، وان كان منفصلا كالولد والثمرة في حياة الموصي فهو له يصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبني على الملك في الموصى له والصحيح انه للورثة والآخر هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له والله أعلم بالصواب

(مسئلة) قال (واذا اوصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل تحاصوا في الثلث وادخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية)

اما اذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثها فتعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجع صاحب الخمسين الى ثلثها ولفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان فأما ان كان فيها عتق فعن احمد فيها روايتان (احداهما) ان يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء ويقسم بينهم على ماذكرنا وهذا قول ابن سيرين والشعبي وابي ثور لانهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا والرواية الثانية يقدم العتق ويبدأ به فان فضل منه شيء قسم بين سائر اهل الوصايا على قدر وصاياهم

ولنا ان الجد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعم بخلاف الاب فانه يدلي بنفسه ويحجب الجد ويخالفه في منزلته وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه وأما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي النكاح بحال ولا تلي مال غيرها كالعبد

﴿ مسئلة ﴾ (واذا وصى اليه في شيء لم يصر وصياً في غيره)

يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي اليه بتفريق ثلثه دون غيره أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد ما جعل اليه دون غيره ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصياً في غيره ، بهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكون وصياً في كل مايملكه الموصي لان هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبعض كولاية الجد

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ماأذن فيه كالوكيل وولاية الجد ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبعض والاذن يتبعض فافترقا

وروي هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري واسحاق لان فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ولانه اقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلانا كذا أو أعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة فانه يقدم الاول منها فالاول لأنها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتتساوى كلها

(فصل) واذا اوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه فان ابى اجبره الحاكم عليه لانه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية فان اعتقه الوارث او الحاكم فهو حر من حين اعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم اعتاقه كرها وان كانت الوصية بعتقه الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم يمتنع منه كالوكيل في الحياة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اوصى بفرس في سبيل الله والف درهم تنفق عليه فمات الفرس كانت الالف للورثة وان انفق بعضها رد الباقي الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصيــة جهة فاذا فاتت عاد الموصى به الى الورثة كما لو اوصي بشراء عبد زيد يعتق فمات العبد اولم يبعه سيده ، وان انفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبدين فمات احدهما قبل شرائه قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يسئل عن رجل اوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها شيء ؟ فقال لا انما يعرف الناس السبيل الغزو

(فصل) واذا قال يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة

(فصل) ولا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي إلى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب النبي ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن بن عمر أنه كان وصياً لرجل ، وفي وصية ابن مسعود : ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجع وصيتي الى الله عز وجل ثم الى الزبير بن العوام وابن عبد الله ولانها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد ان ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ولذلك يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل طلباً للسلامة واجتنابا للخطر وقد روي أن النبي ﷺ قال لابي ذر « اني اراك ضعيفا واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم » أخرجه مسلم

(فصل) فان مات رجل لا وصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل

لا اقبل الوصية اوقال قد وهبت الخدمة له لم يعتق في الحال وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال

ولنا أنه أرقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية .

(فصل) واذا أوصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتهما فتحاصا في الثلث فأصاب الخال ستة فاضرب الذي أصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث، وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمساه وهي تعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلثه يصر تسعة فهي الذي أصاب العم ، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف وللعم ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون ، وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمساه العم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا وذلك اربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثيها دينار ان وثلثان والثلث كله ستة وثلثان والمال كله عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال واصاب الخال ستة فهي ثلاثة اخماس وصيته فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشره تعدل ما حصل للعم وهو ستة فالثلث ستون، وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد اصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث ايضا عشره فهو وصية الخال وذلك ثلاثة اخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا . نوع آخر خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب احدهم الا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب احدهم الا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثني عشر انقصها سهما يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي

من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع ما دعت الحاجة الى بيعه فان صالحا نقل عنه في رجل بارض غربة لا قاضي بها مات وخلف جواري ومالا اترى لرجل من المسلمين بيع ذلك؟ فقال اما المنافع والحيوان فان اضطروا الي بيعه ولم يكن قاض فلا بأس واما الجواري فأحب أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن إباحة فرج وأجازيع ذلك لانه موضع ضرورة

(مسئلة) (وإذا أوصى اليه بتفرقة ثلثه فأبى الورثة اخراج ثلث مافي أيديهم ففيه روايتان)

(احداها) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق باجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لان صاحب الدين اذا كان في يده مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا ههنا ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية

وصية الخال وإن نقصتها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيبا اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقلب وحول تصير الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا : وان أوصى لعمه بعشرة الا ربع وصية خاله ولخاله بعشرة الا خمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهما تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهما يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهما واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال ستا ووصية العم عشرة الا ربع شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهو سهمان لا نصف عشر شيء يعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءا ؛ وان وصى لعمه بعشرة الا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة الا ثلث وصية جده ولجده بعشرة الا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان وبابها ان تضرب المخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في ثلاثة في أربعة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحدا تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحدا وتضرب واحدا في ثلاثة ثم تزيدها واحدا وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين

الاولى محمولة على ما اذا كان المال جنساً واحداً فللوصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لانه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس (والرواية الثانية) محمولة على ما اذا كان المال أجناساً فان الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لانه معاوضة لا تجوز الا برضاهم والله أعلم

(مسألة) (وان أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة ذلك قضاه بغير علمهم)

لانه واجب سواء رضوا به أو أبوه فاذا أبوه قضاه كما لو وصى لرجل بمعين يخرج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فانه يدفع اليه وصيته بغير رضاهم ولا يعتبر علمهم كذا ههنا وعن أحمد فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت ان لم يخف يمينه يعني اذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين الذي على موروثهم فلا يقضيه لانه لا يأمن رجوعهم عليه وان لم يخف ذلك قضى دين الميت الذي عليه بدين الميت الذي له لما فيه من تبرئة ذمته وذمة الميت

واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحد يبقى اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحدا اواضربها في اثنين ثم في عشرة تكن مائة وثمانين واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الاربعة واحدا واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحدا تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين

﴿ طريق آخر ﴾ تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم الى مامع العم دينارا أو إلى مامع الخال درهماً وتقابل مامع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل دينارا ودرهماً فاسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهما ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فاذا اسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعاً تصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقلب واجعل الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع الى مافرضت فتجد مع العم درهما وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحدوعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والاحدوعشرون ثمانية وخمسان فان كان معهم أخ ووصية الجد عشرة الا ربع ما مع الاخ ووصية الاخ عشرة إلا خمس ما مع العم فبهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الاخ أربعة أفلس ثم تقابل مامع العم بما مع الخال كما ذكرنا وتجعل الاشياء دينارا ودهما ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلسا ثم تقابل ما مع الجد بما مع الاخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم احداوثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الاخ مائة وأربعة ، اذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة

(فصل) إذا علم الموصى اليه أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لايقضيه إلا ببينة قيل له فان كان ابن الميت يصدقه قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته، وقال في من استودع رجلا الف درهم فقال ان أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها إلى أجنبي فقال ان دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن ولعل هذا من أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقروا فلم يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنهم لان قوله أقر عندي وأذن لي إثبات ولاثه فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا فينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذه فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين وموافقة الدليل قيل لاحمد فان علم الموصى اليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إلى القاضي ليستحلفه أن مالي في يديك حق فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فان أعطاه القاضي

وثلاثين جزءا ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاووصية الاخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكون مائة وعشرين تنقصها واحدا يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحدا وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحدا وتضربها في أربعة وتزيدها واحدا وتضربها في خمسة تكن خمسة واربعين تنقصها واحدا وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الاربعة واحداو تضربها في خمسة تكن خمسة عشر وتزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداو تضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحداو تضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحدا وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحدا وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الاخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ولخاله بعشرة وثلث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال

فهو أعلم فان ادعى رجلا ديناً على الميت وأقام بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم؟ فكلام أحمد يدل على روايتين (احداهما) لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم بينة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لان البينة حجة له وقال في موضع آخر إلا أن تثبت بينة عند الحاكم بذلك فاما ان صدقهم الورثة قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

(مسئلة) (وتصح وصية الكافر الى المسلم إذا لم تكن تركته خمراً او خنزيراً لان المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره فأما وصية الكافر إلى الكافر العدل في دينه ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلي بالوصية كالمسلم والثاني لا يصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان لم يكن الكافر عدلا في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم تمنع صحة الوصية اليه فالكافر أولى

﴿ مسئلة ﴾ (إذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى ولده ولا والده)

قال أحمد اذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً انما أمر بتنفيذه، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا أيضاً لان لفظ الموصي يتناوله ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والافلا

ستة عشر وبابها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحداً فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معها آخر ووصى للخال بعشرة وربع وصيته ووصي له بعشرة وربع وصية العم ضربت المخارج ونقصتها واحدا تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحدا وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحدا واضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقين كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وان شئت بعد ما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه انه على مايشاء قدير .

ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه الدفع الى الاجنبي .

ولنا أنه تمليك ملكه بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلا كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز بيعها من نفسه

﴿ مسئلة ﴾ (وان دعت الحاجة الى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي بيع بعضه نقص فله البيع على الكبار والصغار)

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه وكذلك ان كان جميعهم كباراً وهناك دين أو وصية وقيل لا يملك أن يبيع الا ما يخص الصغار ويقدر الدين والوصية

ولنا أنه وصي يملك بيع بعض التركة فملك بيع جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة ولأن الوصي قائم مقام الاب وللأب أن يبيع الجميع ولأنه لما جاز بيعها في الدين المستغرق جاز بيعها فيما لا يستغرق كالدين المرهونة ولان في بيع البعض نقصاً على الصغار فيتعين بيع الجميع دفعاً للضرر عنهم ويحتمل أن لا يجوز البيع على الكبار ، وبه قال الشافعي، وهو أقيس إن شاء الله تعالى لانه لا يجب على الانسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره كما لو كان شريكهم غير وارث، وهذا اختيار شيخنا ، وهو الصحيح والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ تم بحمد الله وعونه الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السابع منهما وأوله (كتاب الفرائض) ﴾

فهرس محتويات الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

كتاب الاجارات

تم الفهرس

دار القماطي
للطباعة والنشر
ت: ٨٢٠٥٢٩